Rechtlich unwirksame Forderungen im Kontokurrentverkehr.

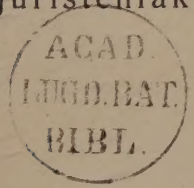
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Universität Rostock



vorgelegt

von

Fritz Lehmann

Referendar an dem Königl. Amtsgericht **Berlin-Tempelhof.**

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1909.

Referent: Prof. Dr. Lehmann.

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **A. Einleitung** 7

B. Die rechtlich unwirksamen Forderungen. .

§ 2. I. Allgemeines. 10

§ 3. II. Die unvollkommenen Schuldverhältnisse des BGB. 13

§ 4. III. Die unvollkommenen Schuldverhältnisse des Börsengesetzes (Börsentermingeschäfte). . . 24

C. Der Kontokurrentvertrag.

§ 5. Einleitung 43

§ 6. Die Entstehung des Kontokurrents 45

§ 7. Der Zweck des Kontokurrentvertrages 49

§ 8. Begriff und Wesen des Kontokurrentvertrages . 51

§ 9. Umfang der Verbindung 56

§ 10. Ansprüche und Leistungen 58

§ 11. Die Wirkung der Einstellung einer Forderung in den Kontokurrentverband 64

§ 12. Die Verrechnung 70

§ 13. Die Feststellung des Überschusses 78

§ 14. Endigung des Kontokurrentvertrages 80

§ 15. Sicherheiten 80

D. Die unwirksamen Forderungen im Kontokurrentvertrag.

§ 16. Die Wirkung der Einstellung unwirksamer Posten bis zur Verrechnung 84

Seite

§ 17. Der Einschuß insbesondere 90
§ 18. Die Wirkung der Verrechnung und Feststellung 93
§ 19. Fortsetzung: Die bisherigen Theorien 96
§ 20. Fortsetzung: Die Trumplersche Theorie . . . 110
§ 21. Resultat 128
§ 22. Sicherheiten in einem Kontokurrent, der sich teilweise aus unwirksamen Posten zusammensetzt 150
§ 23. **E. Schluß** 154

Abkürzungen:

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
HR. = Handelsrecht.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
BG. = Börsengesetz.
BR. = Bürgerliches Recht.

A) Einleitung.

§ 1.

Nicht geringe Erregung riefen seinerzeit in Bankgewerbe und Börsenhandel die bekannten Entscheidungen des Reichsgerichts hervor, die den Saldo eines Kontokurrents, in welchem aus Differenz- oder Börsentermingeschäften stammende Forderungen mit zur Verrechnung gelangt waren, soweit für ungültig erklärten, als der Betrag dieser Posten noch im Saldo erscheine und nicht durch die kontokurrentmäßige Aufrechnung getilgt sei. Gegen diese Auslegung des Gesetzes sträubten sich die interessierten Kreise und suchten sie als in doppelter Hinsicht irrig hinzustellen, nämlich als dem Zwecke des § 66 des alten Börsengesetzes und der §§ 762, 764 des BGB. widersprechend und als gegen den allgemeinen Grundsatz des BGB. bezüglich „Treu und Glauben" verstoßend. Jedoch hatten diese Bemühungen keinen Erfolg. Das Reichsgericht beharrte bei seiner Meinung, und es folgte ihm nicht nur die gesamte Judikatur, sondern es schlossen sich auch namhafte Schriftsteller wie Staub und Makower in den neuesten Auflagen ihrer Kommentare an.

Andererseits aber sind der Reichsgerichtstheorie auch zahlreiche Gegner erwachsen. Unter ihnen vornehmlich eine Autorität wie Regelsberger, der wohl als einer der besten Kenner der Abrechnung,

der Grundlage der reichsgerichtlichen Entscheidung gelten darf. Des weiteren hat sich gegen letztere auch Staub anfänglich gewandt, ferner auch Heilbrunn, dem als Herausgeber der bekannten Holdheimschen Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen eine gewichtige Stimme zugesprochen werden muß, und viele andere.

Trotzdem ist die Frage von keinem unter allen, die über sie geschrieben haben, erschöpfend und gründlich behandelt worden, weil niemand[1]) sie im Rahmen des Kontokurrents erörterte. Ohne aber dem Kontokurrent gegenüber Stellung zu nehmen, ist es nicht möglich, eine unanfechtbare Antwort zu geben, weil, wie unten bewiesen werden wird, der Kontokurrent ein einheitliches Ganze darstellt, in welchem die einzelnen Glieder auf das engste miteinander verbunden sind und aufeinander einwirken. Deshalb darf nicht, wie es bisher geschehen ist, irgend ein Teil, z. B. die Abrechnung — ohne Rücksicht auf die anderen Teile — zur Grundlage der Untersuchung gemacht werden, wenn nicht das Bild entstellt werden soll. Ferner ist bekanntlich der Kontokurrent eins der bestrittensten Rechtsinstitute, sowohl im Ganzen wie in seinen einzelnen Teilen, und gerade die Abrechnung nimmt in dem Streite einen weiten Raum ein. Deshalb kann im vorliegenden Falle der Weg nur dann ein sicherer sein, wenn alle Streitfragen des Kontokurrents, die für das

[1]) Ausgenommen Bacmeister, der aber gerade die Hauptfragen außer Acht gelassen hat.

Thema von Bedeutung sind, Beachtung gefunden haben und jener dem Untersuchenden in seiner Struktur deutlich vor Augen steht.

Es ist nun zwar seit Einführung des neuen Börsengesetzes noch wenig Gelegenheit geboten, neue Erfahrungen auf dem Gebiete, mit dem sich das Thema befaßt, zu machen. Jedoch kann durch jenes Gesetz der Streit um deswillen nicht erledigt sein, weil dasselbe eine grundlegende Änderung nicht herbeigeführt hat. Zwar hat es eine teilweise Einschränkung der unwirksamen Börsentermingeschäfte durch § 54 herbeizuführen gesucht, jedoch wird diese durch andere Bestimmungen paralysiert, welche den Kreis der unwirksamen Geschäfte bedeutend erweitern (namentlich § 64 ff.).

Wenn nun auch unter den im Kontokurrentverkehr vorkommenden unwirksamen Forderungen es sich in erster Linie um solche handelt, die aus Börsentermingeschäften resultieren, so können doch sehr häufig andere „naturale“ Forderungen in ihm eine Rolle spielen, nämlich die verjährten und die gewöhnlichen Differenzforderungen aus § 764 BGB., der noch neben dem Börsengesetz seine Wichtigkeit erhalten hat, wie aus § 58 BG. sich ergibt. Die sonstigen klaglosen Verbindlichkeiten, welche unser heutiges Recht kennt, die aus § 656 und § 814 BGB., werden dagegen ziemlich selten in Beziehung zu einem Kontokurrentverhältnis stehen. Immerhin wird dies bisweilen vorkommen.

Aus dem bisher Gesagten dürfte erhellen, daß es nicht nur vom Standpunkte des Theoretikers aus lohnend und interessant ist, die Frage des Themas zu prüfen, sondern daß diese Prüfung auch von praktischer Bedeutung ist.

Abgesehen davon aber darf die Hoffnung ausgesprochen werden, daß die vorliegende Abhandlung auch dazu beiträgt, den viel umstrittenen Kontokurrentvertrag in ein anderes Licht zu rücken dadurch, daß er von einer neuen Seite angegriffen wird.

B) Die rechtlich unwirksamen Forderungen.

§ 2.

I. Allgemeines.

Das BGB. stellt an die Spitze des Obligationenrechts den Grundsatz[1]): „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.“ Hiermit will es im wesentlichen denselben Gedanken aussprechen wie schon schon das römische Recht[2]): „Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.“

Das Schuldverhältnis begründet ein Recht auf eine Leistung für den Gläubiger und eine Pflicht zur Leistung für den Schuldner. Der Schuldner muß

---

[1]) § 241 BGB.

[2]) Instit. 3,13 pr.

demnach seine Leistung erfüllen, der Gläubiger kann ihn dazu zwingen. In welcher Weise dies zu geschehen hat, führt das Gesetz im einzelnen an und zwar gewährt es dem Gläubiger neben dem Rechte der Selbsthülfe (z. B. durch Aufrechnung, Zurückbehaltung, Verweigerung der eigenen Leitung bis zur Bewirkung der Gegenleistung) oder falls jene nicht ausführbar oder zwecklos ist, allein, die staatliche Hülfe, die Klage. Alle diese Zwangsmittel stehen jedem „Recht auf eine Leistung“ zu. Der Gläubiger bedarf in Sonderheit keines besonderen „Klagerechts“, (der „actio“ des römischen Rechts).

Von diesem allgemeinen Grundsatze ist aber eine Ausnahme getroffen für gewisse Schuldverhältnisse. Bei diesen ist nämlich dem Gläubiger das Recht versagt, seine Befriedigung zwangsweise herbeizuführen. Es liegen hier also Schuldverhältnisse vor, denen ein sehr wesentliches Stück ihres Inhalts fehlt. Immerhin besteht aber noch trotz dieses rechtlichen Mangels ein Schuldverhältnis. Denn jede freiwillige Erfüllung, — auch wenn sie nur versehentlich geschieht, oder nur deshalb, weil der Schuldner sich in Unkenntnis darüber befindet, daß er zu ihr nicht gezwungen werden kann, — gilt als Erfüllung auf eine Schuld, nicht etwa als Leistung auf eine Nichtschuld. Sie unterliegt danach nicht der condictio indebiti des § 812 BGB.

Ähnliche Schuldverhältnisse gab es schon im römischen Recht. Dort nannte man sie „obligationes

naturales“[1]), „natürliche“ (im Gegensatz zu „rechtliche“) Verbindlichkeiten. Dieser Ausdruck wird von manchen Schriftstellern noch für die im BGB. vorkommenden Verbindlichkeiten der eben geschilderten Art gebraucht. Er ist indessen nicht ganz zutreffend, weil die obligationes naturales ihrer Rechtsnatur nach sich nicht vollständig mit jenen decken[2]).

Besser ist für sie der Ausdruck „unvollkommene Verbindlichkeiten“, „unwirksame“ oder „klaglose“ Forderungen. Freilich ist auch diese Bezeichnung nicht genau; denn unter „Verbindlichkeit“ ist nach der Ausdrucksweise des BGB. ein mit Klagerecht ausgerüstetes Rechtsverhältnis zu verstehen, und das Merkmal einer „Forderung“ ist gleichfalls gerade das Klagerecht. Die Ausdrücke „unwirksam“ und „unvollkommen“ sind inhaltslos und unverständlich für jeden Nichtfachmann. Indessen ist ein besserer Ausdruck noch nicht gefunden worden und wird auch schwer zu finden sein.

Das BGB. stellt unvollkommene Schuldverhältnisse in den §§ 656, 762, 764, 814 und 222 auf. Auch das Börsengesetz, das alte sowohl wie das neue, kennt sie; sie sind enthalten in den §§ 52, 54—56, 58—61,

---

[1]) Z. B. Darlehnsschulden der Hauskinder (S. C. Macedonianum) D. 12, 6, 26, 9 und 40 pr.; Verträge der Bürger mit Sklaven und Verträge der Sklaven untereinander D. 12, 6, 13 pr., D. 44, 7, 14; Verträge des Hausvaters mit den Gewaltunterworfenen und dieser untereinander D. 12, 6, 38.

[2]) Die Darlegung der Unterschiede würde über den Rahmen und Zweck dieser Abhandlung hinausgehen.

64, 69, 70 des neuen Börsengesetzes vom 22. Juni 1896/8. Mai 1908. Diese Schuldverhältnisse sind in ihrer Rechtsnatur vielfach von einander verschieden, gemeinsam ist ihnen indessen allen der Schutz, der der Erfüllung zuteil wird und das Verbot, diese durch Zwang herbeizuführen.

§ 3.

II. Die unvollkommenen Schuldverhältnisse des BGB.

(Spiel, Wette, Differenzgeschäft, Heiratsmäklerlohn, verjährte Forderung, Forderung aus § 814.)

Eine klaglose, unwirksame Forderung entsteht aus dem Spiel und der Wette[1]). „Spiel ist die Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen aus Spiellust, d. h. um durch Wagen Gewinn zu erhaschen und die Zeit zu vertreiben“ (Dernburg, Pandekten Bd. 2, S. 285). „Wette ist das Setzen, Bieten und Fordern eines Preises auf den Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder auf die Richtigkeit einer Behauptung.“ (Fischer-Henle, § 762 A. 1 u. 2). Zwischen beiden zu unterscheiden bietet vielfach große Schwierigkeiten, jedoch ist dies

[1]) § 762. „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis“.

für das heutige Recht ohne große Bedeutung, da das BGB. beides rechtlich gleichgestellt hat[1]).

Durch Spiel oder Wette wird, wie das Gesetz sagt, keine „Verbindlichkeit" begründet. Die Bedeutung dieser Worte ist streitig.

Hellwig[2]) und Siber[3]) stützen auf sie ihre Meinung, daß durch solche Rechtsgeschäfte überhaupt kein Schuldverhältnis, auch kein unvollkommenes, entstehe. Hellwig erkennt für das BGB. überhaupt nur eine einzige Verbindlichkeit an, die allenfalls als eine natürliche bezeichnet werden dürfe: § 1394 BGB.[4]).

Dem steht die herrschende Meinung gegenüber[5]). Diese zählt alle die aus den §§ 656, 762, 763, 764, 814 und 222 BGB. entstehenden Forderungen zu den klaglosen oder unvollkommenen. Nach ihr darf, weil der Sprachgebrauch des BGB. bezüglich des Ausdrucks „Verbindlichkeit" unklar sei, deren Nichtbestehen nicht aus dem Wortlaut geschlossen werden, es sei hier eine Ausnahme von der gewöhnlichen Klagbarkeit statuiert.

---

[1]) Anders im röm. Recht, gem. Recht und ALR., vgl. C. 3, 43, 1; — D. 11, 5, 2, 1 und eodem 4 pr., ALR. I, 11, §§ 577, 578 im Gegensatz zu D. 19, 5, 17, 5 und ALR. I, 11, § 579, 580.

[2]) „Anspruch und Klagrecht" S. 13, Note 22.

[3]) „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis" S. 48 ff., besonders S. 58.

[4]) a. a. O. S. 125, Note 13a.

[5]) Dernburg II, 1, 4. Aufl. S. 12 ff; Crome II, S. 14 ff; Stammler S. 26 ff; Kipp in Windscheid II S. 174; zu Hellwig und Siber neigend: Oertmann Vorbem. z. R. d. Schuldv. Nr. 5 (S. 7.)

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Das Bestehen einer Verbindlichkeit ist aus den Worten: „das auf Grund des Spiels etc. Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat“, zu folgern. Aus diesen Worten ergibt sich, daß der Gesetzgeber der Leistung einen Schutz angedeihen läßt, der bei der Leistung auf eine Nichtschuld ausgeschlossen ist. In solchem Falle nämlich wäre die Leistung auf Grund des § 812 rückforderbar, weil „ohne rechtlichen Grund“ erfolgt, mithin muß im Falle des § 762 BGB. ein „rechtlicher Grund“ zur Leistung gegeben sein, d. h. der Leistende muß eine Pflicht zur Leistung haben, er muß zu ihr „verbunden sein“, oder mit anderen Worten: es besteht eine „Verbindlichkeit“.

Der scheinbare Widerspruch zwischen Satz 1 und 2 erklärt sich dadurch, daß die deutsche Sprache keinen Ausdruck besitzt, der ein derartiges Schuldverhältnis treffend zu kennzeichnen vermag. So hilft sich das Gesetz damit, daß es sich folgendermaßen ausdrückt: „eine Verbindlichkeit besteht nicht“; denn ihr Kennzeichen ist die Klagbarkeit, die hier nicht gegeben werden soll, „aber eine Nichtverbindlichkeit besteht auch nicht“; denn das Geleistete ist auf keine Nichtschuld gegeben. Das Gesetz bezeichnet eben mit dem Ausdruck „Verbindlichkeit“ sonst nur ein vollwirksames Schuldverhältnis. Am besten hat dies Verhältnis wohl Kipp bezeichnet, welcher sagt[1]): „Es besteht eine

---

[1]) Windscheid-Kipp Bd. II S. 175.

Verbindlichkeit, welcher nur ein in der Disposition des Schuldners liegendes Verteidigungsmittel gegenübertritt.“ Spiel und Wette sind demnach Rechtsgeschäfte der oben geschilderten Art. Aus ihnen entspringende Forderungen sind zahlbar aber nicht erzwingbar, insofern nicht „rechtsverbindlich“ oder, wie sie oben bezeichnet wurden, unvollkommen, unwirksam. Die Unwirksamkeit ist von Amtswegen zu berücksichtigen, braucht also nicht einredeweise geltend gemacht zu werden. Spiel- und Wettforderungen dürfen nicht zur Aufrechnung gebraucht werden, weil diese eine vollwirksame Forderung voraussetzt[1]). Ebenso ist ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer Spielschuld, Bestellung einer Bürgschaft für ihre Erfüllung, Pfandbestellung und Vergleich über sie unwirksam, weil auch diese nur eine Verbindlichkeit zwecks Erfüllung der unwirksamen Schuld darstellen[2]).

Absatz 2 des § 762 folgt von selbst aus dem Zwecke des Gesetzes. Absatz 1 würde leicht zu umgehen sein, wenn eine Spielforderung durch Novation in eine vollgültige umgewandelt werden könnte. Allein durch die Leistung — solche liegt bei Übernahme einer neuen Verbindlichkeit statt der alten nicht vor, — tritt die Tilgung der Spielschuld ein, die eine Rückgängigmachung des Rechtsgeschäfts ausschließt.

Denselben Rechtsgrundsätzen wie Spiel und Wette unterliegt der Lotterievertrag und der Ausspiel-

---

[1]) § 387 BGB.

[2]) §§ 273, 765, 779, 1273 BGB.

vertrag, falls die Lotterie oder die Ausspielung keine staatliche Genehmigung gefunden hat[1]). Lotterie oder Ausspielung ist ein Vertrag, bei dem der eine Teil, die Spieler, Geldeinsätze in bestimmter Höhe machen, während der andere Teil, der Unternehmer, als Gegenleistung Gewinn, (bei der Lotterie Geld, bei der Ausspielung andere Gegenstände), unter sie verlost.

Als Spiel betrachtet endlich das BGB. auch das sogenannte „Differenzgeschäft“[2]). Dies ist nach der Definition, die das Gesetz in § 764 gibt, „ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag, welcher in der Absicht geschlossen wird, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den Gewinnenden gezahlt werden soll“.

Diese Begriffsbestimmung ist nicht ganz klar, und es bedarf daher einer kurzen Erläuterung der Entstehung eines „Differenzgeschäfts“. Ein solches spielt sich etwa folgendermaßen ab:

A verkauft an B am 16. November 10 Aktien der Deutschen Bank zum Preise von 250 Mark pro Stück, lieferbar am 31. Dezember.

Dies ist ein Kaufvertrag mit einer fest bestimmten Lieferungszeit (Fixgeschäft, Termingeschäft), wie sie im

---

[1]) § 763 BGB. „Ein Lotterievertrag oder Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung.“

[2]) Das BGB. kennt diesen Ausdruck selbst nicht.

Handel häufig vorkommen. B, der Käufer, hofft, daß bis zu jenem Termin die Papiere in ihrem Werte soweit gestiegen sind, daß er sie anderweitig höher zu verkaufen vermag, als er sie von A gekauft hat. Er „spekuliert“ auf Steigen des Kurses („à la hausse“). Umgekehrt hegt der Verkäufer A die Hoffnung, daß zur Erfüllungszeit der Kurs gefallen ist, so daß er also die Ware zu einem niedrigeren Preise als dem von B an ihn zu zahlenden Kaufpreise einkaufen kann (er spekuliert „à la baisse“).

Am 31. Dezember sind nun die Papiere auf 255 gestiegen.

Wenn also B sie an diesem Tage verkaufen könnte, hätte er an jedem Stück 50 Mark, im ganzen 500 Mark, verdient. Er verkauft sie daher an A zurück, falls dieser dafür Verwendung hat.

Diese (keineswegs unzulässige) Möglichkeit wird leicht beide Spekulanten auf den Gedanken bringen, von vorn herein einen solchen Kauf und Rückkauf zu vereinbaren. Daraus ergibt sich für beide Teile der Vorteil, daß sie die Papiere in Wahrheit („effektiv“) nicht zu liefern brauchen. Die (gleichartigen) Ansprüche auf Lieferung und die (ebenfalls gleichartigen) Ansprüche auf Zahlung der Kaufpreise werden gegen einander aufgerechnet und nur der Überschuß des größeren über den kleineren Kaufpreis von dem Schuldner des ersteren beglichen. Es ist hier natürlich nur der erste Kaufpreis genau bestimmt, der zweite stimmt überein mit dem Kurswert am Lieferungstage („Stichtage“).

Ein Differenzgeschäft kann ferner auch in der Weise entstehen, daß der Verkäufer A am Stichtage nicht liefert, sondern sich gemäß § 376 HGB. von seiner Leistungspflicht durch Zahlung des Schadensersatzes, der Differenz zwischen vereinbartem Kaufpreis und Marktpreis bezw. Börsenpreis befreit. Auch dies kann gleich von vornherein verabredet sein.

Ist die geschilderte Verabredung getroffen, so liegt in beiden Fällen ein sogenanntes „reines Differenzgeschäft" vor. Dazu ist also erforderlich, daß die Parteien den Ausschluß der „effektiven" Lieferung der Ware vereinbaren. Ein solcher Vertrag ist zweifellos Spiel. Als solches sahen ihn auch Reichsgericht und Reichsoberhandelsgericht vor 1900 an. § 764 BGB. gibt danach insoweit nur eine Interpretation des § 762 BGB.

§ 764 geht aber noch weiter. Er trifft nicht blos das reine, sondern auch das „verdeckte" Differenzgeschäft. Dies liegt vor, wenn die Kontrahenten oder wenigstens der eine von ihnen mit Kenntnis des anderen die bloße Absicht hegt, daß nur die Differenz zwischen Börsen- bezw. Marktpreis und dem vereinbarten Preise gezahlt werden solle, auch wenn äußerlich ein formeller Kauf oder anderer rechtsgültiger Vertrag vorliegt.

Falls A und B den Ausschluß der Effektivlieferung ausdrücklich vereinbart haben und den Kaufvertrag nur zwecks Verdeckung des Differenzgeschäftes nach außen hin geschlossen haben, wäre dieser gemäß § 117 Abs. 1 BGB. ohnehin nichtig, und die Regeln des Spiels, des wirklichen Geschäfts, hätten allein für

den Vertrag Geltung (§ 117 Abs. 2 BGB.). Da eine solche Vereinbarung aber schwerlich getroffen werden wird, war § 764 BGB. notwendig.

Es liegt nun, — das ist aus § 764 zu entnehmen, — nicht schon dann ein Differenzgeschäft vor, wenn die Parteien die Differenz zwischen Kauf- und Verkaufspreis, d. h. Börsenpreis, erzielen wollen; denn jeder Kaufmann will durch Kauf und Verkauf derselben Ware Gewinn erzielen, sondern das typische Merkmal des Differenzgeschäfts ist die Absicht, jene Differenz zu erzielen, ohne daß die Ware überhaupt tatsächlich erworben und veräußert wird, wie dies beim gewöhnlichen Spekulationseinkauf und -Verkauf der Fall ist. Hierin liegt der Unterschied des Differenzgeschäfts von letzterem.

Daß die Ware einen Markt- oder Börsenpreis haben muß, ist klar, wenn man sich die Entstehung des Differenzgeschäfts vor Augen hält. Die Ware muß so oft und in solcher Menge gehandelt werden, daß der Verkauf im Augenblick der (fingierten) Lieferung sofort erfolgen und daß sie an einen anderen zu demselben Preise veräußert werden kann, zu dem sie der Rückkäufer abzunehmen hat.

Ob ein Differenzgeschäft vorliegt, ist im Einzelfall sehr schwierig zu entscheiden, weil es naturgemäß sehr schwer ist, die „Absicht“ der bloßen Differenzgewinnung ohne Effektiverfüllung nachzuweisen; denn es liegt in allen Fällen stets äußerlich ein gewöhnlicher Kaufvertrag vor. Bindende allgemeine Regeln lassen sich unmöglich aufstellen, wenn man die Dehnbarkeit

und Mannigfaltigkeit der Börsengeschäfte — sie sind das hauptsächlichste Anwendungsgebiet des Differenzgeschäfts — berücksichtigt. Indessen gibt es eine Anzahl Indizien, aus welchen im Allgemeinen — aber auch nur im Allgemeinen — auf das Vorliegen eines Differenzgeschäfts zu schließen ist. Solche sind z. B. das völlige Unvermögen zur Lieferung oder Zahlung des Preises in Anbetracht der Vermögensverhältnisse eines oder beider Kontrahenten, die Höhe des Umsatzes, die Tatsache, daß die betreffende Ware für gewöhnlich zum Differenzspiel benutzt zu werden pflegt; dann ferner, daß einer oder beide Kontrahenten einem Lebensberufe nachgehen, der mit derartigen Geschäften nichts zu tun hat. Schließlich sind vor allem die Äußerungen von Erheblichkeit, welche beim Vertragsschluß gefallen sind, falls in ihnen z. B. ausgedrückt wurde, daß Ware und Kaufpreis nicht wirklich zu leisten seien, sondern die Leistung sich nur auf die Preisdifferenz beschränke, und Ähnliches.

Es kann nun aber nicht nur bei einem Termingeschäft, von solchen ist bisher nur die Rede gewesen, sondern auch ein „Kassageschäft“, (bei welchem sofortige Leistung der Ware gegen sofortige Zahlung des Kaufpreises zu erfolgen hat), ein Differenzgeschäft darstellen[1]). Solches ist der Fall, wenn dem Käufer der Kaufpreis gestundet wird und er den Verkäufer beauftragt, für seine, des Käufers, Rechnung, die Ware

[1]) Allerdings würde dies wohl wegen dessen Fassung (weil Effektivlieferung erfolgt) nicht dem § 764, sondern als „Spiel“ dem § 762 BGB. unterliegen.

an einem bestimmten Tage zu verkaufen. Dies läuft natürlich lediglich auf Zahlung der Kursdifferenz hinaus.

Sehr streitig ist nun die Anwendung des § 764 auf die sogenannten Börsentermingeschäfte, worüber später bei diesen Geschäften zu reden sein wird.

Das Differenzgeschäft hat gemäß § 764 die bereits dargelegten rechtlichen Wirkungen des Spiels (§ 762 BGB.).

Nach den Grundsätzen des Spiel wird auch das „Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe“ behandelt. Auch hier wird eine Verbindlichkeit nicht begründet, und die Rückforderung des Geleisteten unter der Begründung des Nichtbestehens der Verbindlichkeit ist ausgeschlossen (§ 656 BGB.). Für die Novation der Mäklerforderung sowie für alle sonstigen Wirkungen des Rechtsgeschäfts gilt das oben für das Spiel Gesagte.

Eine in vielen Beziehungen von den Forderungen, die aus den bisher erwähnten Rechtsgeschäften entspringen, abweichende und mehr der Vollwirksamkeit sich nähernde Stellung hat die verjährte Forderung[1]).

---

[1]) § 222 BGB.: „Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Das Gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse, sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten.“

Gemeinsam mit den oben erörterten Verbindlichkeiten ist dieser die Nichtrückforderbarkeit des — auch in Unkenntnis der Verjährung — Geleisteten. Dagegen ist dem Schuldner nicht, wie oben, ein Einwand gegeben, (der von Amtswegen zu berücksichtigen ist), und der die Klage unzulässig macht, sondern ihm ist dieser gegenüber eine — allerdings peremptorische — Einrede, „die Einrede der Verjährung", gestattet. Durch sie kann er indessen praktisch die gleiche Wirkung, wie sie der Spieleinwand zur Folge hat, hervorrufen. Dagegen ist aber — anders wie in den §§ 762—764 und 656 — die Leistung in gewisser Hinsicht erzwingbar. Die verjährte Forderung darf nämlich zur Aufrechnung gegen solche Forderungen benutzt werden, gegen welche dies vor dem Eintritt der Verjährung zulässig war[1]). Ein über eine verjährte Forderung abgegebenes vertragsmäßiges Anerkenntnis und eine Sicherheitsleistung für sie sind wirksam, auch wenn sie in Unkenntnis der Verjährung hingegeben sind.

Endlich kennt das BGB. noch eine unwirksame Forderung im § 814, nach welchem „das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden darf, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach". Der Kreis dieser Leistungen ist ein unbegrenzter und läßt sich deshalb nicht festlegen. Dieser Fall ist nach den Umständen

---

[1]) § 390 BGB.

zu beurteilen. Gedacht ist in diesem Paragraphen vor allem wohl an Trinkgelder, Almosen, Ausstattung, Belohnung und Ähnliches. Auch diese Verpflichtungen sind zahlbar aber nicht klagbar. Ihre Rechtswirkung ist jedoch insofern noch stärker, als die der Obligationen aus den §§ 762—764 und 656, als sie ein Schuldanerkenntnisvertrag verbindlich machen kann; denn nach § 812 Abs. 2 gilt als „Leistung", soweit es den Abschnitt „ungerechtfertigte Bereicherung" betrifft, auch „die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses". Die Forderungen aus §§ 656 und 814 werden allerdings nur selten im Kontokurrent vorkommen. Immerhin ist dies leicht möglich, besonders bei denen aus § 814. Man denke z. B. daran, daß der Vater seinem Sohne, mit dem er in Geschäftsbeziehungen steht, zwecks Erlangung einer besseren Lebensstellung statt der Hingabe baren Geldes eine Summe im Kontokurrent gutschreibt[1]).

§ 4.

III. Die unvollkommenen Schuldverhältnisse des Börsengesetzes.

(Börsentermingeschäfte.)

Das alte Börsengesetz erklärte Börsentermingeschäfte in einem Geschäftszweige, für welchen nicht beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses in ein Börsenregister eingetragen waren, für unwirksam

---

[1]) § 1624 BGB.

und stellte ihre Rechtswirkung der des Spiels gleich[1]). Das Börsentermingeschäft definierte das genannte Gesetz folgendermaßen: „Als Börsentermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren gelten Kauf oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt“ (§ 48). Das Gesetz wurde nun vielfach dadurch zu umgehen gesucht, daß das Geschäft nach anderen als den vom Börsenvorstande festgesetzten Bedingungen oder in einer Geschäftsart, in der keine amtliche Feststellung von Terminpreisen stattfand, geschlossen wurde. Diese Umgehung hat jedoch das Reichsgericht dadurch verhindert, daß es den § 66 für anwendbar auf alle Rechtsgeschäfte erklärte, die den Zweck der im § 48 bezeichneten verfolgten, auch wenn sie nicht genau seiner Begriffsbestimmung entsprachen. Begründet wurde diese Entscheidung damit, daß das Börsengesetz den Zweck habe, alle Geschäfte, die den typischen Charakter eines Börsentermingeschäfts besäßen, mit dem § 66 zu treffen und der Gesetzgeber auch in eine andere Rechtsform gekleidete Geschäfte solcher Art

[1]) § 66. Bestritten ist, ob die Worte „bei oder nach der Abwickelung“ den Worten „auf Grund des . . .“ (§ 762 BGB.) gleichzusetzen sind; vgl. darüber Staub, 8. Aufl., Exk. zu § 376, Anm. 70.

getroffen hätte, wenn er diese Umformung vorausgesehen hätte[1]). Ausgenommen von den Bestimmungen des § 66 waren gemäß § 50 die vom Bundesrat untersagten Geschäfte und diejenigen in Bergwerks- und Fabrikunternehmungen sowie in Getreide- und Mühlenfabrikaten. Diese waren nach der — richtigen — Ansicht des Reichsgerichts nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstießen (§ 134 BGB.)[2]).

Die Novelle hat, um eine Umgehung ihrer Bestimmungen in der eben erwähnten Weise unmöglich zu machen, eine Definition des Börsentermingeschäfts nicht gegeben, sondern es der Wissenschaft und Praxis überlassen, sie zu bestimmen. Im Allgemeinen wird folgende Begriffsbestimmung als richtig anerkannt:

„Ein Börsentermingeschäft ist ein börsenmäßiger Kauf von Waren oder Wertpapieren, bei welchem die Lieferung innerhalb einer bestimmten Frist oder zu einem bestimmten Zeitpunkte zu erfolgen hat und der Abschluß zu einem Preise stattfindet, der sich an der Börse infolge des Zusammentreffens der Börsenbesucher gebildet hat[3]).

---

[1]) RG., Bd. 42, S. 43, und Bd. 44, S. 107.

[2]) So RG., Bd. 47, S. 107—110. Eine entgegengezetzte Meinung ließ die zivilrechtliche Wirksamkeit des einzelnen Geschäfts von dem § 50 nicht berührt werden, weil dieser nur den Zweck habe, den Börsenterminhandel in gewissen Produkten von den Einrichtungen der Börse auszuschließen.

[3]) Vgl. RG., Bd. 44, S. 113; Bd. 47, S. 112; Staub, 8. Aufl., Exk. zu § 376, Nachtrag Anm. 5; Hemptenmacher, Anm. 1 zu § 50; Cosack, HR. 7. Aufl., S. 365 ff.; Lehmann, S. 732 ff.;

Das Börsentermingeschäft ist also ein Fixgeschäft, andererseits aber ist nicht jeder Fixkauf ein Börsentermingeschäft, sondern es muß als weiteres Merkmal die Börsenmäßigkeit hinzukommen. Das Börsentermingeschäft unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Termingeschäft dadurch, daß bei ihm der Abschluß zu typischen, schablonenhaften, der Individualität ermangelnden Bedingungen geschieht, daß der „Kauf" gar keine Rücksicht auf die persönlichen Bedürfnisse der Kontrahenten nimmt (vgl. RG. Bd. 44, S. 113, Bd. 47, S. 117). Vermöge solcher für jeden Spekulanten passenden Geschäftsbedingungen ist nämlich erst die Erfüllung eines der Hauptzwecke des Geschäfts möglich, die Gestattung der Ueberweisung der Lieferung an einen vom Käufer bestimmten Dritten. In dieser Form wird es vornehmlich abgeschlossen.

Der Vertrag spielt sich dann folgendermaßen ab: A verkauft wieder — es sei das gleiche Beispiel benutzt wie oben — am 16. November an B 10 Aktien der Deutschen Bank zum Preise von 250 Mark pro Stück, lieferbar am 31. Dezember. B verkauft die Aktien auf demselben Termin an C zum Preise von 252, C sie an D wieder auf denselben Tag zu 251. Jeder Käufer überweist dann an seiner Stelle seinem Verkäufer denjenigen, an welchen er

---

Neukamp bei Riesser, Comm. Vorbem. zu § 50, Anm. 27 ff.; Nußbaum, Vorbem. zu § 50, Anm. 48, besonders 49 ff.; Kahn, Anm. 5 zu § 50 — in Einzelheiten allerdings vielfach untereinander abweichend.

selbst weiter verkauft hat, als Käufer. In Wahrheit sind nämlich die ursprünglichen Käufer gar nicht in der Lage, derartige Kaufobjekte zu bezahlen, wenn Ihnen nicht die Möglichkeit des sofortigen Weiterverkaufs gegeben wäre. Da diese durch den Inhalt des Vertrags geboten ist, beträgt ihr Risiko nur die Differenz, so daß sie nur diese zu bezahlen kapitalkräftig genug zu sein brauchen. Sie würden also das Geschäft ohne die Gestattung der Ueberweisung und ohne die Aussicht auf sofortige Weiterveräußerung nicht abgeschlossen haben. Die Möglichkeit der Weiterveräußerung am Stichtage ist naturgemäß bloß dann gegeben, wenn für die Ware ein Markt besteht und sie demzufolge einen Kurswert besitzt. Dieser Kurswert bestimmt sich nach Angebot und Nachfrage wie bei jedem Markt und er bildet sich daher durch das Zusammentreffen der Börsenbesucher. Daß der Abschluß des Geschäfts an der Börse selbst erfolgt, ist nicht erforderlich, nur muß der Kauf- und Verkaufspreis in Beziehung zu dem Börsen- oder Marktpreis stehen, d. h. er darf nicht ganz wesentlich von diesem abweichen.

Sehr bestritten ist, ob ein Börsentermingeschäft zugleich auch ein Differenzgeschäft im Sinne des § 764 BGB. ist. Begrifflich ist dies nach der gegebenen Definition nicht notwendig. Es ist sehr wohl möglich, daß jemand, der den wirklichen Besitz von Wertpapieren zu erhalten wünscht, das Börsentermingeschäft nur deshalb dazu benutzt, weil auf dem Terminmarkt die Preise günstiger für ihn sind als auf

dem Kassamarkt, während er von der Gestattung der Ueberweisung niemals Gebrauch zu machen beabsichtigt hat. Auch dann kann von der Absicht der Differenzgewinnung ohne Effektiverfüllung noch keine Rede sein, wenn der Käufer die Ueberweisung nur aus dem Grunde vornimmt, weil er in der Zwischenzeit, vom Kaufabschluß bis zum Stichtage, ein erhebliches Fallen der Papiere an letzterem befürchtet und er einen Käufer findet, der im Gegenteil ihr Steigen erhofft.

In der Regel wird nun aber das Börsentermingeschäft in der Weise geschlossen, wie es eben dargestellt ist, und hier geht die Absicht wenigstens von B und C auf Gewinnung einer Differenz, ohne daß sie den Erwerb der Papiere wünschen.

Vielfach kommt es nun auch vor, daß der letzte Käufer, hier D, an den ersten Verkäufer, A, zurückverkauft.

Da im ersten Falle effektive Lieferung erfolgte könnte höchstens dann von einem Differenzgeschäft gesprochen werden, wenn A und D bekannt war, daß die Absicht von B bezw. C auf bloße Differenzgewinnung ging. Aber auch im zweiten Falle kann — abgesehen von der eben erwähnten Kenntnis des A und B von der Differenzabsicht des B und C — nur dann ein Differenzgeschäft angenommen werden, wenn nachzuweisen ist, daß A und D von vornherein, schon bei Vertragsschluß mit B bezw. C die Absicht gehabt hätten, die Effektiverfüllung durch den Rückverkauf auszuschließen. Indessen ist in der Praxis beim Börsentermingeschäft fast immer beiden Kon-

trahenten bekannt, daß mindestens einer von ihnen auf die bloße Differenz spekuliert. Dies ließe sich aus den oben für das Differenzgeschäft angeführten Indizien nachweisen. Danach wären die obigen Erwägungen nicht notwendig.

Nun wird aber von vielen Schriftstellern darauf hingewiesen, daß die Differenzgewinnungsabsicht bei einem derartigen Geschäft gar nicht auf die Differenz zwischen vereinbartem Preis und Börsenpreis, sondern zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis (dem des „Engagements" und der „Realisation") geht.

Hier ist Lehmann[1]) beizustimmen, welcher den § 764 BGB. extensiv interpretieren und auch auf diesen Fall sinngemäß beziehen will. Er leitet dies aus der Absicht des Gesetzgebers her, welcher mit § 764 alle diejenigen Geschäfte habe treffen wollen, bei welchen „ein Teil an eigene Abnahme nicht denke und der andere Teil dies wisse oder wissen müsse". Es ließe sich noch diesen Worten hinzufügen, daß der „Verkaufspreis" insofern doch als ein Börsenpreis erscheint, als er durch die Rücksicht auf diesen bestimmt wird.

Aus alledem ergibt sich, daß — von den bereits erwähnten Ausnahmen abgesehen — in der Regel jedes Börsentermingeschäft ein Differenzgeschäft ist. Sein eigentlicher Zweck geht auf Differenzgewinn ohne Erwerb des Objekts.

---

[1]) S. 741 a. a. O.

Im alten Börsengesetz war es unerheblich, ob ein Börsentermingeschäft zugleich Differenzgeschäft war, falls für beide Parteien das Geschäft sonst gültig war (Eintragung). Für die Novelle ist dieser Umstand dagegen von großer Bedeutung, und mit ihr hat § 764 BGB. wieder eine Wichtigkeit erhalten, die er zur Zeit des alten Gesetzes nicht mehr besaß.

Darüber, wann unwirksame Forderungen aus Börsentermingeschäften hervorgehen, bestimmt die Novelle im einzelnen Folgendes:

Unwirksame Forderungen ergeben sich sowohl aus erlaubten wie aus verbotenen Börsentermingeschäften.

Verboten sind alle Geschäfte, die gegen ein Verbot des Börsengesetzes oder des Bundesrats verstoßen, — erlaubt alle übrigen (§ 52).

Unwirksam sind alle erlaubten Börsentermingeschäfte, welche zwischen Personen geschlossen werden, von denen keine börsentermingeschäftsfähig ist (§§ 52—55). Letzteres sind nach § 53 Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind oder deren Eintragung nach § 36 HGB. nicht erforderlich ist[1]), jedoch mit Ausnahme der Kleingewerbetreibenden, und eingetragene Genossenschaften, ferner Personen, welche zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher berufsmäßig Börsentermingeschäfte oder Bankiergeschäfte betrieben haben oder zum Besuch einer dem Handel

[1]) Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaates oder eines inländischen Kommunalverbandes.

mit Waren der bei dem Geschäft in Frage kommenden Art oder einer dem Handel mit Wertpapieren dienenden Börse mit der Befugnis zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen waren, und endlich alle Ausländer, nämlich Personen, die im Inlande zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben.

Unwirksame Forderungen gehen weiter aus dem in § 54 gekennzeichneten Geschäft, bei dem der eine Teil termingeschäftsfähig ist, hervor: Hier ist dies vollverbindlich für den gemäß § 53 eingetragenen Kaufmann oder die Korporation, deren Eintragung nicht erforderlich ist und die eingetragene Genossenschaft[1]), und zwar nur dann, wenn das Geschäft Wertpapiere betrifft und die erwähnte Partei sich hat eine Sicherheit für die Erfüllung des Geschäfts bestellen lassen, dagegen unverbindlich für den anderen Teil. Die geschäftsfähige Partei ist jedoch berechtigt, sich aus der Sicherheit zu befriedigen. Die Sicherheit muß in einer durch § 54 genau bestimmten Form abgegeben werden, in deren Ermangelung das Geschäft unwirksam ist[2]).

---

[1]) Nicht dagegen für die Börsenleute § 53, Nr. 1 und die Ausländer § 53, Nr. 2.

[2]) „Die Sicherheitsleistung hat die im Absatz 1 bezeichneten Wirkungen nur, wenn die Sicherheit aus Geld oder aus Wertpapieren, die einen Kurswert haben, besteht, und der Besteller dem anderen Teile gegenüber schriftlich und ausdrücklich erklärt, daß die Sicherheit zur Deckung von Verlusten aus Börsentermingeschäften dienen soll.

Unrichtig ist es, wenn Hemptenmacher, Trumpler, Staub und Nußbaum[1]) sagen, das Geschäft sei für den nicht termingeschäftsfähigen Teil bis zur Höhe der Sicherheit verbindlich; denn aus der Gegenüberstellung in § 54: „ist er (sc. der termingeschäftsfähige Teil) befugt, aus der Sicherheit Befriedigung zu suchen; auch ist das Geschäft für ihn verbindlich", ist deutlich zu entnehmen, daß dem Termingeschäftsfähigen lediglich ein dingliches Recht an dem Sicherungsobjekt zusteht, dagegen der Nichttermingeschäftsfähige persönlich nicht haften soll. Das Geschäft ist nämlich ausdrücklich nicht für beide, sondern nur für den Vollgeschäftsfähigen als verbindlich erklärt, und es muß somit ex argumento e contrario angenommen werden, daß das Geschäft für den anderen Teil nicht verbindlich ist.

Weiter ergibt sich daraus, daß Nebenabreden nur soweit für den Nichttermingeschäftsfähigen verbindlich sind, als sie sich auf die Sicherheitsbestellung beziehen und zwar auch nur insoweit, als sie den diese betreffenden

---

Das Schriftstück, in dem die Erklärung abgegeben wird, darf andere Erklärungen des Bestellers der Sicherheit nicht enthalten.

Besteht die Sicherheit aus Wertpapieren, so müssen sie in der Erklärung nach Gattung und nach Zahl oder Nennwert bezeichnet sein. Eine Erklärung, die diesen Vorschriften nicht entspricht, ist nichtig. Zur Wahrung der schriftlichen Form genügt die telegraphische Übermittelung. Wird diese Form gewählt, so kann nachträglich die Abgabe einer schriftlichen Erklärung verlangt werden."

[1]) Hemptenmacher, Anm. 5 zu § 54; Trumpler bei Apt, Anm. 3 zu § 54; Staub, Exk. zu § 376, Nachtrag Anm. 32

Bestimmungen des § 54 (jus cogens) nicht widersprechen[1]).

Die Sicherheit braucht nicht nur für ein bestimmtes einzelnes Geschäft, sondern kann auch für alle Terminforderungen des Termingeschäftsfähigen, welche sich aus der Verbindung ergeben, bestellt werden.

Alle erlaubten Termingeschäfte, die sonst zwischen Kontrahenten der in diesem Paragraphen bezeichneten Art abgeschlossen werden, sind unwirksam, wenn sie den Erfordernissen desselben nicht entsprechen, also z. B. keine Sicherheit bestellt oder diese mangels der erforderlichen Form nichtig ist.

Die aus den §§ 52—54 entstehenden unvollkommenen Verbindlichkeiten haben die Rechtsnatur der durch den § 66 des alten Börsengesetzes begründeten und derjenigen aus den §§ 762, 763, 764, 656 BGB.: das Geleistete kann nicht auf Grund der Unverbindlichkeit des Geschäfts zurückgefordert werden, jedoch besteht auch kein Zwang zur Leistung. Zwei Ausnahmen sind indes hiervon getroffen.

Gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften ist eine Aufrechnung auf Grund anderer Börsentermingeschäfte auch dann zulässig, wenn diese eine Forderung

---

vgl. aber ebenda die im Widerspruch damit stehende Anm. 79: „Der Privatkunde haftet nur mit der Sicherheit, also nicht persönlich", und weiter unten: „das Geschäft ist für den Privatkunden nicht verbindlich"). Nußbaum, Anm. IIa zu § 54. — Anderer Meinung aber Neukamp bei Riesser, Comm., Anm. 19 u. 20 zu § 54; Kahn, Anm. 7 zu § 54.

[1]) A. M. Nußbaum und Trumpler a. a. O.

für den Aufrechnenden nach den §§ 52—54 nicht begründen (§ 56). Ohne solche Bestimmung könnte z. B. der nicht termingeschäftsfähige Teil die Erfüllung der von ihm geschuldeten Leistung, soweit sie die Sicherheit übersteigt, verweigern, während er den anderen zur Leistung auf dessen unwirksame Schulden zu zwingen berechtigt wäre. Diese dem Rechtsgefühl widersprechende Möglichkeit beseitigt die Vorschrift. Sie kommt übrigens nicht nur, wie Hemptenmacher annimmt[1]), für den Fall des § 54 in Betracht. § 56 findet auch z. B. dann Anwendung, wenn ein Börsentermingeschäftsunfähiger durch Cession eine vollgültige Terminforderung gegen einen gleichfalls geschäftsunfähigen Gegner erworben hat, welcher die frühere Termingeschäftsfähigkeit verloren hat. Letzterer kann gegen jene vollgültige Forderung mit einer aus dem Verkehr mit dem Cessionar entstandenen unwirksamen Terminforderung aufrechnen. Oder von mehreren zwischen zwei Nichttermingeschäftsfähigen entstandenen unwirksamen Forderungen wird die eine auf Grund des § 57 BG. gültig.

Die zweite Ausnahme statuiert § 57. Auch die unwirksamen erlaubten Börsentermingeschäfte werden als von Anfang an verbindlich angesehen, wenn bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit der eine Teil sich dem anderen gegenüber mit der Bewirkung der Leistung einverstanden erklärt hat und diese Leistung daraufhin von dem anderen Teile gemacht ist. Es

---

[1]) Anm. 1 zu § 56.

handelt sich hier um den Fall, daß effektiv geliefert wird. Es könnte nämlich vorkommen, daß der Käufer der Wertpapiere diese geliefert erhält, sie annimmt, dann aber wartet, bis der Kurs gefallen ist, und sie nunmehr dem Verkäufer zur Verfügung stellt oder diesen zwingt, sich auch mit dem niedrigeren Kaufpreise zu begnügen. Ohne die Bestimmung des § 57 stände dem Käufer dies Recht zu; denn er hat ja vor der Zahlung noch nicht „geleistet".

Bewirkung der vereinbarten Leistung ist für den Verkäufer die Lieferung der Ware oder Wertpapiere, für den Käufer Zahlung des Kaufpreises.

Bei allen bisher erwähnten Geschäften ist es gleichgültig, ob sie zugleich auch Differenzgeschäfte sind, wenn sie Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande haben, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind. Es kann gegen Ansprüche aus jenen von demjenigen, für welchen das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54, 57 verbindlich ist, ein Einwand aus den §§ 762, 764 des BGB. nicht erhoben werden (§ 58). Die Vorschrift ist notwendig, weil die §§ 762, 764 BGB. durch das Börsengesetz nicht aufgehoben sind und deshalb der aus den §§ 53, 54, 57 desselben Vollverpflichtete die in ihnen enthaltenen Bestimmungen dadurch beseitigen könnte, daß er sich auf den „Differenzeinwand" beriefe, demzufolge die Geschäfte entgegen den erst erwähnten Vorschriften unwirksam wären, wenn sie nicht effektive Lieferung enthielten. Den Nichtverpflichteten steht zwar der Einwand zu, doch ist er für sie ohne Bedeutung, da

ihnen bereits der viel einfacher zu beweisende Einwand des Börsentermingeschäfts gemäß §§ 52—55 gegeben ist.

Es finden nun aber auf alle genannten Fälle, in denen der Spieleinwand Platz greift, auch die Bestimmungen des § 54 über die Befriedigung aus der Sicherheit und die Zulässigkeit der Aufrechnung entsprechende Anwendung (§ 58 Satz 2). Diese Vorschrift verhindert eine Rechtswirkung des § 54, die den Gefühlen der Billigkeit widersprechen würde. Anderenfalls würde z. B. gegen eine von mehreren Forderungen der Spieleinwand erhoben werden, obgleich die Gegenforderungen im Grunde genommen den gleichen Zwecken gedient haben. Es würde der Vollverpflichtete aus § 54 gemäß Satz 1 des § 58 zu leisten haben, während der einseitig Verpflichtete durch Erhebung des Differenzeinwandes auch die Sicherheit unwirksam machen und sie zurückfordern könnte. Ebenso wäre die Zulässigkeit der Aufrechnung auf Grund des § 56 aufgehoben. Diese Konsequenzen, die den Zwecken des Satz 1 des § 58 widersprechen, beseitigt Satz 2.

Es ist indes der Spieleinwand nur für den „offiziellen" Börsenterminhandel, d. h. denjenigen in zu ihm zugelassenen Waren oder Wertpapieren unter vom Börsenvorstande festgesetzten Bedingungen ausgeschlossen. Dagegen bleibt er für den „inoffiziellen" Börsenterminhandel, d. h. den in nicht zugelassenen Waren oder Wertpapieren oder den unter anderen als vom Börsenvorstande festgesetzten Bedingungen, bestehen (§ 58 Satz 1). Für diesen letzteren gilt auch nicht Satz 2 des § 58, welcher trotz Erhebung des Differenzeinwandes

Befriedigung aus der nach § 54 geleisteten Sicherheit und Aufrechnung gemäß § 56 zuläßt; denn Satz 2 redet ausdrücklich nur von dem Einwande gegen die „bezeichneten“ Ansprüche, womit nur die im Satz 1 bezeichneten, nämlich die „Ansprüche aus Waren etc., welche zum Börsenterminhandel zugelassen sind“, gemeint sein können. Hemptenmacher, der Satz 2 auch auf den inoffiziellen Terminhandel bezieht, scheint dies Wort übersehen zu haben[1]).

Differenzgeschäfte im inoffiziellen Terminhandel unterliegen, ohne daß auch die §§ 54 und 56 auf sie Anwendung finden, allein dem § 764 BGB., wonach sie rechtlich als Spiel gemäß § 762 BGB. behandelt werden.

Eine Vereinbarung, die zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem der bisher behandelten Rechtsgeschäfte eingegangen wird, z. B. ein Schuldanerkenntnis, ist der gleichen Rechtswirkung unterworfen, wie die Schuld selbst, d. h. sie ist für alle unwirksamen Forderungen ebenfalls unwirksam. Novation macht sie nicht wirksam, Aufrechnung, Befriedigung aus der Sicherheit usw. sind ebenso gegen sie gestattet wie gegen die ursprüngliche Forderung. Das Gleiche gilt für die Erteilung und Annahme von Aufträgen, sowie

---

[1]) Hemptenmacher, Anm. 3 zu § 54. Dagegen Staub, Exk. zu § 376, Nachtrag Anm. 29, 79, 82; Cosack, HR. 7. Aufl., S. 386; Trumpler bei Apt, Anm. 1 zu § 58; Neukamp bei Riesser, Comm. Anm. 3 bis 7 zu § 58; Nußbaum, Anm. IIIb zu § 58; Kahn, Anm. 2 zu § 58.

auf die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses erlaubter Börsentermingeschäfte (§§ 59, 60).

Von den verbotenen Börsentermingeschäften sind unwirksam

1. solche in Bergwerks- und Fabrikunternehmungen mit Ausnahme der vom Bundesrat erlaubten,
2. solche, die gegen ein vom Bundesrat erlassenes Verbot verstoßen (§§ 63, 64).

Die Novelle hat damit das Verbot des § 50 Abs. 1 und 2 des alten Börsengesetzes aufrecht erhalten. Gegen ein Verbot verstößt ein Börsentermingeschäft sowohl dann, wenn es Waren oder Wertpapiere zum Gegenstande hat, in welchen Termingeschäfte vom Bundesrat verboten sind, als auch dann, wenn der Bundesrat für den Terminhandel oder für die betreffenden Waren oder Wertpapiere bestimmte Bedingungen für unzulässig erklärt oder gewisse Bedingungen für notwendige Bestandteile des Geschäfts erklärt hat und die Bestimmungen von den Parteien außer acht gelassen werden[1]).

Die unter 1. und 2. erwähnten Geschäfte stehen rechtlich den Verbindlichkeiten aus §§ 762, 763 Satz 2, 764 und 656 BGB. gleich, was im Absatz 1 und 2 des § 64 klar und unzweideutig ausgedrückt ist: Keine „Verbindlichkeit", Nichtrückforderbarkeit des Geleisteten.

---

[1]) Kahn, Anm. 1 zu § 64; Staub, 8. Aufl. Ex k. zu § 376, Nachtrag, Anm. 88 u. a.; Hemptenmacher, Anm. 2 zu § 64.

Hinzugefügt ist noch ausdrücklich, daß die Unwirksamkeit auch die Bestellung einer Sicherheit einbegreife. Das war nicht erforderlich, weil selbstverständlich. Über die Verbindlichkeiten, welche zwecks Erfüllung des Geschäfts eingegangen werden und über die Erteilung und Übernahme von Aufträgen sowie auf die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses eines Geschäfts der in § 64 bezeichneten Art gilt entsprechend das Gleiche wie für das Hauptgeschäft (§§ 68, 69). Aus dem Gesagten geht hervor, daß die unwirksamen verbotenen Börsentermingeschäfte eine andere rechtliche Stellung einnehmen müssen als die unwirksamen erlaubten Börsentermingeschäfte. Dies ist ersichtlich aus dem Fehlen von entsprechenden Vorschriften, wie sie §§ 56, 57 und 58 für die erlaubten Börsentermingeschäfte geben. Es ist also Aufrechnung nach Art des § 56 nicht gestattet, das Geschäft kann nicht dadurch von Anfang an verbindlich werden, daß der eine Teil sich mit der Leistung bei oder nach Eintritt der Fälligkeit einverstanden erklärt und der andere sie bewirkt. Ferner ist es gleichgültig, ob die Contrahenten termingeschäftsfähig sind oder nicht. Das Rechtsgeschäft ist in allen Fällen unwirksam. Über den Spieleinwand ist in §§ 64 ff. überhaupt nichts gesagt. Selbstverständlich ist er zulässig, da er nicht außer Kraft gesetzt ist, doch ist er bedeutungslos, weil das Geschäft ohnehin unwirksam ist. Kahn[1])

---

[1]) Anm. 1 zu § 64. — A. M. Staub, 8. Aufl., Exk. zu § 376, Nachtrag, Anm. 88 und 93; Trumpler bei Apt, Anm. 1

ist der Meinung, die im § 64 bezeichneten Geschäfte seien „nichtig", es werde nur die Nichtigkeit in einer bestimmten Hinsicht eingeschränkt. Dann müßte man aber auch Spiel etc. als nichtig bezeichnen; denn die Geschäfte des § 64 haben genau die gleiche Rechtswirkung wie jenes. Wer letzteres also als „unwirksam" bezeichnet, muß auch die Geschäfte des § 64 als „unwirksam" behandeln.

Mit Unrecht bezeichnet anderseits Staub[1]) auch Börsentermingeschäfte im Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei als „unwirksam", indem er anführt, auch bei diesen könne das Geleistete nur „beschränkt" zurückgefordert werden. § 66 Abs. 2 kann indes richtiger Ansicht nach nur so aufgefaßt werden, daß die Leistung in jedem Falle zurückgefordert werden darf, aber für die Geltendmachung der condictio indebiti eine Praeclusivfrist vorgeschrieben ist. Danach kann das Geschäft nicht anders als als „nichtig" angesehen werden.

Es sind mithin folgende Börsentermingeschäftsarten unwirksame Obligationen:

1. Geschäfte in Bergwerks- und Fabrikunternehmungen mit Ausnahme der durch den Bundesrat erlaubten,

---

zu § 64; Cosack, Lehrbuch des HR., 7. Aufl., S. 381; Neukamp bei Riesser, Comm. Vorbem. zu §§ 54 bis 70, Anm. 16, Anm. 2 bis 4 zu § 64; — unklar Hemptenmacher, Anm. 5 zu § 64.

[1]) 8. Aufl. Exk. zu § 376, Nachtrag, Anm. 88.

2. die gegen ein Verbot des Bundesrats verstoßenden,

3. die erlaubten Geschäfte im inoffiziellen Börsenterminhandel, soweit sie Differenzgeschäfte sind,

4. die sonstigen erlaubten Geschäfte im offiziellen und inoffiziellen Börsenterminhandel, wenn sie nicht zwischen zwei termingeschäftsfähigen Parteien oder zwischen einer solchen und einer nicht termingeschäftsfähigen geschlossen sind und letzterenfalls nicht Sicherheit nach den Vorschriften des § 54 geleistet ist.

Zum Teil unwirksam, nämlich auf Seiten des nichttermingeschäftsfähigen Teils, ist

5. das Geschäft des § 54.

Für die letzten beiden Kategorien gelten die §§ 56 und 57 bezüglich der Aufrechnung und evtl. Vollverbindlichkeit, für die letzte außer diesen Bestimmungen das Recht der Befriedigung aus der Sicherheit gemäß § 54.

Ehe nun die rechtliche Stellung dieser, wie aus dem Vorhergehenden ersichtlich sein dürfte, recht verschiedenartigen Forderungen im Kontokurrentverhältnis untersucht wird, soll erst dieses selbst einer Prüfung unterzogen werden. Diese ist so kurz als möglich gestaltet, und es sind alle Punkte unberücksichtigt gelassen, die keine Bedeutung für das Thema haben. Dagegen sind diejenigen besonders hervor-

gehoben und eingehender betrachtet, auf welche die als Resultat aufgestellte Ansicht sich hauptsächlich gründet.

C. Der Kontokurrentvertrag.

§ 5.

Einleitung.

Mit dem Kontokurrent befaßte sich von deutschen Gesetzbüchern zuerst das preußische „Allgemeine Landrecht“ und zwar im § 697 II. Teil Titel 8:

> „Wenn Kaufleute sich untereinander wegen wechselseitiger Forderungen an Kapital und Zinsen berechnen, so ist der, welchem ein Überschuß gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenngleich darunter Interessen mitbegriffen sind, Zinsen seit dem Tage des Abschlusses anzusetzen berechtigt“.

Auch das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch widmete ihm einen Artikel (291):

> „Wenn ein Kaufmann mit einem anderen Kaufmann in laufender Rechnung (Kontokurrent) steht, so ist derjenige, welchem beim Rechnungsabschlusse ein Überschuß gebührt, von dem ganzen Betrage desselben, wenngleich darunter Zinsen mitbegriffen sind, seit dem Tage des Abschlusses Zinsen zu fordern berechtigt.
>
> Der Rechnungsabschluß geschieht jährlich einmal, sofern nicht von den Parteien ein anderes bestimmt ist.“

Es ist, wie hieraus zu ersehen, von einer wirklichen gesetzlichen Regelung des Kontokurrents in beiden Bestimmungen keine Rede, vielmehr beschränken sie sich lediglich auf die Aufhebung des Verbots des Anatocismus.

Das neue Handelsgesetzbuch ist nun aber einen bedeutenden Schritt weitergegangen. Es hat den Kontokurrent nicht nur (in den §§ 355—357) einer eingehenderen Beachtung gewürdigt, sondern auch wirklich ihm eine gesetzliche Regelung zuteil werden lassen. Allerdings sind auch durch diese nur der Grundbegriff und die grundlegenden Regeln des Rechtsinstituts festgelegt worden. Die betreffenden Paragraphen enthalten im allgemeinen nur das, was auch früher unstreitig war. Dagegen sind fast alle Streitfragen offen gelassen und der Wissenschaft und Praxis zur weiteren Untersuchung und Klarstellung übrig gelassen. Der Gesetzgeber hat absichtlich hier nicht weiter eingegriffen, um ein in der Entwickelung begriffenes Rechtsinstitut — denn das ist der Kontokurrent noch, — nicht in dieser vorzeitig zu hindern.

Um zu einem Verständnis des Inhalts des Gesetzes zu gelangen, ist daher eine Prüfung seiner Entstehung erforderlich[1]).

---

[3]) Historisches siehe bei Greber, Das Kontokurrentverhältnis; Kemmer, Der Kontokurrentverkehr, München 1897; Lehmann, Lehrb. des HR., S. 1—26 (Geschichte des Handelsrechts).

§ 6.

Die Entstehung des Kontokurrents.

Eine richtige Erkenntnis der Natur des Kontokurrents wird am ehesten dadurch herbeigeführt, daß man unbeeinflußt von den Lehrmeinungen der Juristen sein allmähliches Entstehen aus dem praktischen Leben heraus sich klarmacht und sich vor allem bemüht, den Gedankengang der Parteien zu verfolgen, sich in sie hineinzudenken; dann wird sich folgendes Resultat ergeben:

Zwei Kaufleute stehen miteinander dauernd in der Weise in Geschäftsverbindung, daß sie sich gegenseitig Ware liefern. A bezieht von B Rübenzucker, dieser von A, einem Materialwarenhändler, Lebensmittel für die Kantine seiner Fabrik. Ist keine besondere Abrede getroffen, so muß jede einzelne Forderung zu der sonst üblichen Zeit und wie gewöhnlich bezahlt werden. Nun sammeln sich vielleicht vielfach in kurzer Zeit auf beiden Seiten Forderungen an. Während die eine noch nicht bezahlt ist, entsteht schon eine neue, weil ein plötzlicher Mehrbedarf vorhanden ist, oder den Forderungen tritt zur Zeit ihrer Entstehung und vor ihrer Begleichung eine Schuld auf der Gegenseite gegenüber. So häufen sich mehrere Forderungen an. Der Forderungsberechtigte mahnt nicht an baldige Zahlung, weil er weiß, daß der andere zwar zahlungsfähig ist aber momentan nicht soviel flüssig hat, und er selbst jederzeit in dieselbe Lage kommen kann, welchenfalls es ihm dann auch unangenehm wäre,

sofort zahlen zu müssen. Vielleicht stehen sogar noch Forderungen gegen ihn selbst an, sodaß der Gegner bereits zur Aufrechnung schreiten dürfte. Diese würde nun auch eine Menge Schreib- und Rechenarbeit notwendig machen, welche in keinem Verhältnis zum Ziel stände, zumal wenn der nach der Aufrechnung bleibende Überschuß nur gering wäre und womöglich durch eine binnen kurzem entstehende Gegenforderung wieder getilgt wäre. Das wird um so eher der Fall sein, je reger der gegenseitige Geschäftsverkehr ist. Ein pekuniärer Schaden entsteht dem Forderungsberechtigten aus dem Anstehenlassen seiner Forderung nicht, weil er vom Fälligkeitstage ab 5% Zinsen berechnen darf. Benötigt er baren Geldes und ist der andere Teil nach Abzug seiner Gegenforderungen noch in seiner Schuld, so ist der Forderungsberechtigte jederzeit in der Lage, das Geld zu beanspruchen und auch zu erhalten. Soviel Vertrauen bringt er dem Geschäftsfreunde entgegen. Hegte er dies nicht, würde er die Summen früher gefordert haben oder überhaupt eine derartige Verbindung nicht eingegangen sein. Der kaufmännische Verkehr beruht auf dem Vertrauen auf den Gegner, daß er seinen Verbindlichkeiten nachzukommen imstande ist. Hört die Geschäftsverbindung auf oder wünscht einer der Kontrahenten aus irgend einem anderen Grunde Klarstellung des Standes der pekuniären Beziehungen, so verlangt er, daß der andere mit ihm „abrechne“. Es werden dann die Forderungen auf jeder Seite zusammenaddiert und die kleinere der beiden Summen von der größeren

subtrahiert. Ergibt sich eine Differenz, — was meist der Fall sein wird, da schwerlich Forderungen und Gegenforderungen genau dieselbe Höhe erreichen —, wird diese (der Kaufmann nennt sie „Überschuß“ oder „Saldo“) entweder von demjenigen, dessen Forderungen die zahlenmäßig kleinere Seite bildeten, beglichen (bar oder durch Wechsel oder sonstigen Zahlungsersatz) oder aber die Differenz bleibt, was stets geschieht, wenn die Verbindung fortgesetzt wird, als erste Forderung einer neuen Kette von solchen, deren Entstehen die Parteien noch erwarten, stehen.

So ist eine von den Kaufleuten[1]) mit „Kontokurrent“, „contocorrente“, „laufende Rechnung“ bezeichnetes Verhältnis fast ganz von selbst entstanden ohne eine von vorn herein darauf gerichtete Absicht, ohne daß die Parteien sich bewußt waren, was sie juristisch taten, eigentlich, wenn man so sagen darf, durch Nachlässigkeit, indem der Forderungsberechtigte nicht auf sofortige Bezahlung drang. Die Kaufleute erkennen nun bald die Vorteile, die sich für sie beiderseits aus diesem Verhältnis ergeben. Ohne ein solches müssen sie jederzeit die zur Tilgung der Forderungen des Gegners erforderlichen Summen bereithalten. Bald nach der Zahlung erhalten sie fast dieselben Summen zurückgezahlt, weil der Gegner für eine ihm gemachte Leistung zahlen muß. Es geht also ständig zwischen beiden Kontrahenten das Geld hin und her. Ferner kostet das Buchen des Empfangs, das Quittieren, das

[1]) Nicht von den Juristen.

Absenden und evtl. die Aufrechnung viel überflüssige Zeit und Arbeit. Stehen sie dagegen im Kontokurrentverhältnis, so vereinfacht sich dies alles zu einer einfachen Buchung des jedesmaligen Schuldbetrages. Ein weiterer, ganz erheblicher Vorteil ist der, daß jetzt die Möglichkeit sich bietet, die Summen, die stets bereitgehalten werden mußten, anderweitig nutzbringend zu verwenden, sie in höheren Gewinn abwerfende Unternehmungen zu stecken oder neue mit ihnen zu gründen. Der Kaufmann hat niemals gern Geld im Schrank liegen, wo es keinen Nutzen bringt. Das Kapital muß fortdauernd „arbeiten", indem es Zinsen oder anderen Gewinn trägt. Infolge des Kontokurrentverhältnisses kann der Kaufmann den Gegner ohne Geld bezahlen und auch er wird von ihm ohne Geld bezahlt. Trotzdem fährt man dabei ebenso sicher wie bei der Barzahlung. Die Gegenforderungen des anderen gewähren jedem diese Sicherheit. Kann jener nicht zahlen, braucht er es auch nicht, er rechnet einfach auf.

Schließlich ist für den Kaufmann von großer Bedeutung die Vereinfachung, welche die Kompliziertheit der Geschäftsbeziehungen dadurch erfährt, daß statt aller jener einzelnen Forderungen eine einzige, die Saldoforderung, vorhanden ist.

Auf Grund dieser Erwägung verabreden die Kontrahenten jetzt von vornherein, meist schon vor Beginn der Geschäfte, die sie miteinander abschließen, daß sie in ein Kontokurrentverhältnis treten und ihre Forderungen aus jenen durch Aufrechnung und Zahlung

des Überschusses in der oben angegebenen Art begleichen wollen. Durch die im Voraus getroffene Abrede der Parteien ist aus dem bloßen zufälligen kontokurrentähnlichen Verhältnis der „Kontokurrentvertrag“ geworden. Darin liegt der juristische Unterschied. Das, was der Kaufmann häufig so zu benennen pflegt, ist vielfach, juristisch gesehen, nur eine laufende Rechnung und ähnliches.

§ 7.

Der Zweck des Kontokurrentvertrages.

Den Zweck, welchen die Parteien mit dem Kontokurrentvertrag verfolgen, erblicken Lehmann-Ring[1]) in der „Gesamtaufrechnung“, Creizenach[2]) in der Ermittelung des Saldo, an anderer Stelle[3]) auch in der Erleichterung des Geldumsatzes, der Gelderhebung und der Geldverwendung. Nach Greber[4]) soll „der Kontokurrent das produktive Vermögen der Kontrahenten insofern erhöhen, als sie während bestimmter Zeit nicht bezwungen sein sollen, das ihnen zur Verfügung stehende Kapital herauszugeben“. Heilbrunn[5]) meint, der Kontokurrentvertrag bezwecke die Fest-

[1]) Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, § 355 bis 357, Nr. 11.

[2]) Der kaufmännische Kontokurrent in seiner rechtlichen Bedeutung. a. a. O. S. 1.

[3]) a. a. O. S. 4.

[4]) a. a. O. S. 24.

[5]) In Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Jahrg. 14, S. 232.

stellung eines einheitlichen Forderungsrechtes. Die Denkschrift endlich äußert sich dahin[1]): „Der Zweck der Kontokurrentverbindung ist, die aus einem dauernden Geschäftsverkehre sich ergebenden Beziehungen zu vereinfachen und die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzigen Forderungspostens zu ersetzen."

Wenn man die tatsächlichen Vorgänge, wie sie sich unter den Parteien abspielen und wie sie oben geschildert sind, im Auge hat, so ist, ohne daß dies längerer Ausführungen bedarf, zu erkennen, daß zwar keine der angeführten Meinungen unrichtig ist, aber auch keine den Zweck vollständig genug angegeben hat. Dieser ist in Wahrheit auf dreierlei gerichtet:

1. Kreditierung der Schulden,
2. Ersparnis der Geldwanderung,
3. Vereinfachung der Beziehungen.

Den ersten Zweck erfüllt die Stundung der Forderungen bis zum Ende der Rechnungsperiode, den zweiten die Tilgung durch Aufrechnung statt Zahlung, den dritten die Saldofeststellung, vermöge deren die Einzelforderungen als, soweit aufgerechnet, erloschen festgestellt und an ihre Stelle eine neue Forderung gesetzt werden soll, welche mit jenen nichts mehr gemein haben soll.

---

[1]) S. 428.

§ 8.

Begriff und Wesen des Kontokurrentvertrages.

Das Wesen und der Begriff des Kontokurrentvertrages sind von jeher sehr bestritten gewesen. Eine der ältesten Ansichten hält ihn für einen „gegenseitigen Darlehnsvertrag", so z. B. Massé, der ihn für „une sorte de prêt réciproque" erklärt[1]). Die Theorie ist in zweifacher Hinsicht angreifbar. Ein Kaufmann kennt im Geschäftsverkehr kein Darlehn. Was er hier gibt, gibt er um seines Vorteils willen, während ein Darlehn zum Vorteil des Nehmers gegeben wird. Ferner ist ein gegenseitiges Darlehn etwas Zweckloses. Wenn A dem B 100 Mark leiht und dieser ihm wieder 100 Mark leiht, so hat keiner von ihnen einen Nutzen davon; deshalb hätte ein derartiger Vertrag keinen Sinn.

Eine zweite Meinung erblickt in ihm einen „Krediteröffnungsvertrag"[2]). Sie sieht dabei besonders auf das Verhältnis zwischen Bankier und Korrespondent. Nun ist aber, wie aus dem Bisherigen bereits klar sein dürfte, der Kontokurrentvertrag weder ein Monopol des Bankiers noch verdankt er dem Verkehr zwischen diesem und dem Publikum seine Entstehung. Höchstens ist er aus dem Geschäftsverkehr der Bankiers untereinander entsprossen. Ferner steht der Anschauung die Erwägung entgegen, daß demjenigen, der Kredit zu erhalten wünscht, der einfache Krediteröffnungs-

[1]) „Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil", A. 3 u. 39.

[2]) Endemann, Das deutsche Handelsrecht 1887, S. 588.

vertrag dazu offen steht. Weshalb soll er einen Kontokurrentvertrag schließen, obgleich der wichtigste Grund für dessen Abschluß, das Gegenüberstehen von beiderseitigen Forderungen, fehlt, da der Kunde an den Bankier so gut wie gar keine oder nur verschwindend geringe Forderungen hat? Da hier außerdem die Deckung des Bankiers durch Forderungen des Kunden fehlt, müßte dieser Einschüsse geben. Würden diese in Gestalt eines depositum irregulare gegeben, wäre der Vertrag für den Kunden zwecklos, weil er ungefähr ebensoviel einzahlen müßte als er herausbekäme, würden andere Depots gegeben, wäre der Kontokurrentvertrag gegenüber der einfachen Beleihung zu kompliziert.

Levy[1]) sieht in dem Vertrage eine „gegenseitige Kreditgewährung". Dafür tritt auch Greber[2]) ein. Dies ist bereits von Mohr[3]) schlagend widerlegt, der darauf hinweist, daß es widersinnig sei, wenn Leute einander das gewähren wollten, was sie beide gebrauchen.

Nach Mittermaier[4]) stellt der Kontokurrentvertrag ein gegenseitiges Mandat dar. Diese Theorie, die besonders von französischen Schriftstellern verfochten wird, will damit vor allem die Verpflichtung zur Zinszahlung begründen. Indessen ist diese kein wesentlicher Geschäftsbestandteil.

---

[1]) „Rekening Courant", übersetzt von Riesser, S. 79.

[2]) a. a. O. S. 25.

[3]) Der Kontokurrentverkehr, S. 61.

[4]) „Grundzüge des gemeinen deutschen Privatrechts".

Unhaltbar ist auch die Ansicht, daß der Kontokurrentvertrag ein „pactum de non compensando“ sei, weil die Parteien schon bei Abschluß des Vertrages gerade eine — allerdings einige Zeit hinausgerückte — Aufrechnung vereinbaren.

Andererseits liegt aber auch weder ein bloßer „Kompensationsvertrag“ noch ein „Stundungsvertrag“ vor, weil beide nur einen Teil des ganzen komplizierten Rechtsinstituts bilden. Mit der ersten Bezeichnung ist z. B. das wesentliche Moment der Stundung, mit der zweiten das nicht minder wesentliche der Kompensation nicht zum Ausdruck gebracht, welche beide der Kontokurrentvertrag enthält.

Auch daß er ein „pactum de novando“ sei, ist keine genügende Erklärung; denn es ist auch die Novation wiederum nur ein Teil des ganzen Vertrages. Ganz abgesehen davon ist jedoch ein Kontokurrentvertrag ohne Novation, wie noch nachher gezeigt werden wird, sehr wohl denkbar, wenn auch nicht die Regel. Allerdings müßte hierauf die ausdrückliche Vereinbarung der Parteien gehen.

Sämtliche vorstehend erwähnten Theorien leiden an einem Hauptfehler. Sie beachten die tatsächlichen Vorgänge zu wenig und lassen zu sehr den klassisch gebildeten Juristen durchblicken, der nach der Art des Mathematikers alles auf eine Schlußformel zurückführen möchte, und dem es deshalb widerstrebt, ein Rechtsinstitut als eine neue Erscheinung anzusehen. Es haben auch bereits einige Schriftsteller eingesehen, daß

eine Zurückführung des Kontokurrents auf ein bereits bestehendes Rechtsinstitut nicht möglich ist. Sie haben daher, teilweise, ihn für ein Gemisch von verschiedenen Verträgen, teilweise für einen „contractus sui generis“ erklärt. Das neue Handelsgesetzbuch hat den größten Teil der obigen Streitfragen aus der Welt geschafft. Es hat in erster Linie dem Kontokurrentvertrag eine selbständige Kontraktsnatur zuerkannt. Insbesondere ist die Kreditgewährung nichts Wesentliches. Die Denkschrift[1]) sagt vielmehr darüber ausdrücklich: „Die Frage, ob mit der Eingehung der Kontokurrentverbindung zugleich die Einräumung eines Kredits zugunsten des einen der Beteiligten verbunden ist, kommt für das Wesen des Kontokurrentverhältnisses an sich nicht entscheidend in Betracht.“ Das neue Handelsgesetzbuch gibt im Gegensatz zum Allg. Landrecht und Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch eine Definition: „Steht Jemand mit einem Kaufmann derart in Geschäftsverbindung, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden . . .“ Die Definition ist, wie bereits erwähnt, so gefaßt, daß sie möglichst nur das enthält, worüber vor der Abfassung des neuen Handelsgesetzbuches im Wesentlichen Übereinstimmung herrschte. Sie ist in Ausdrücken abgefaßt, die dem Sprachgebrauch

---

[1]) S. 212.

des Handels und Verkehrs angepaßt sind, so daß der Jurist erst zu untersuchen hat, welche juristischen Tatsachen die Definition enthält. Eine „Verrechnung“ z. B. und eine „Feststellung“ kennt die juristische Sprache nicht.

Um zunächst ganz kurz das vorweg zu nehmen, was unstreitig die Begriffsbestimmung des Gesetzes ergibt, ist Folgendes zu sagen:

Zunächst ist erforderlich ein Vertrag. Das folgt daraus, daß ein Schuldverhältnis begründet wird und zu dessen Begründung eine Willensübereinstimmung beider Parteien erforderlich ist. Dieser Vertrag ist formfrei, kann mündlich oder schriftlich, auch durch konkludente Handlungen, zustandekommen. Er ist den allgemeinen Regeln des BGB. und des HGB. unterworfen.

Subjekte des Vertrages müssen auf der einen Seite ein Kaufmann im Sinne der §§ 1—3 HGB., auf der anderen ein beliebiges Rechtssubjekt sein.

Objekt sind die Ansprüche und Leistungen, die auf beiden Seiten entstehen, nebst ihren Zinsen. Diese sollen „in Rechnung gestellt“, d. h. als Schuld des Gegners bezw. als Guthaben desselben in dessen Konto eingetragen werden. Genau genommen kann man nur Schulden des anderen in Rechnung stellen. Das Gesetz ist insofern nicht ganz genau.

In „regelmäßigen Zeitabschnitten“ (vielfach Kontokurrentperioden oder Rechnungsperioden genannt) sollen die Ansprüche und Leistungen „ausgeglichen“

werden und zwar durch „Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses".

§ 9.

Umfang der Verbindung.

„Welche Forderungen und Leistungen in das Kontokurrentverhältnis gehören", sagt die Denkschrift[1]), „läßt sich nur im einzelnen Falle aus der Art und dem Gegenstande der Geschäftsverbindung mit Bestimmtheit entnehmen." Dies ist insofern nicht falsch, als das Gesetz nichts Besonderes darüber sagt. Immerhin aber darf man Grundsätze aufstellen, welche für alle einzustellenden Ansprüche und Leistungen zu gelten haben. Dies sind die allgemeinen Bestimmungen des BGB. und HBG. Nach dem in beiden statuierten Prinzip der Vertragsfreiheit dürfen die Kontokurrentisten alle Verbindlichkeiten zum Gegenstande ihrer Geschäftsverbindung machen, welche sie dazu zu machen wünschen und demgemäß die aus diesen resultierenden Ansprüche und Leistungen in den Nexus eintreten lassen. Ein Hindernis steht dem nur insoweit entgegen, als der Vertrag gegen die guten Sitten verstößt und die Verträge nach Treu und Glauben auszulegen sind (§§ 138, 242 BGB).

Es ist nun nicht erforderlich, daß von den Parteien ausdrücklich jedesmal vereinbart wird, welche Forderungen etc. in den Kontokurrent eingetragen werden sollen, sondern die aus der Geschäftsverbindung

[1]) S. 429.

entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen werden bereits bei ihrer Entstehung Posten des Kontokurrents. Die Einstellung folgt ohne weiteres aus der Abrede, ein Kontokurrentverhältnis eingehen zu wollen. Es gehören danach alle Forderungen und Leistungen, die nach der Gewohnheit des kaufmännischen Verkehrs von Kaufleuten des betreffenden Geschäftszweiges aus ihrer Verbindung entstehen, in den Kontokurrent[1]). Aus diesem Grunde ist die Weigerung eines Teils, solche Posten aufzunehmen, unzulässig. Vielmehr ist es Inhalt des Vertrages, daß er sich die Einstellung gefallen läßt. Dies ist ein Recht, welches aus dem Vertrage hervorgeht. Nach Cosack[2]) liegt sogar ein Verzicht des Gläubigers auf eine Forderung vor, wenn diese, obgleich der Geschäftsverbindung angehörend, nicht in den Kontokurrent aufgenommen ist. Ist ein Posten eingestellt, so wird vermutet, daß derselbe dem Kontokurrentverhältnis angehört[3]).

Andererseits dürfen aber die Kontrahenten, wenn sie darin übereinstimmen, jederzeit einen Posten aus der Verbindung ausscheiden, sodaß die Rechnung dann so weiter geführt wird, als ob dieser nie hineingetreten wäre. Das folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die Ausscheidung ist als Ausfluß eines neuen Vertrages zu betrachten, der den Kontokurrentvertrag

---

[1]) Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 776; Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Bd. II, Abt. 2, § 236 IV.

[2]) Lehrbuch des Handelsrechts, 5. Aufl., S. 350.

[3]) RG., Bd. 28, S. 34.

teilweise aufhebt. Aber nur durch solchen Vertrag kann dies vor sich gehen, niemals einseitig.

Des weiteren steht den Parteien frei, eine Forderung oder Leistung, welche nicht der Geschäftsverbindung nach ihren ursprünglichen Abreden oder durch ihre Natur angehört, auch während der Dauer der Kontokurrentperiode in die Rechnung einzufügen, indem sie das Geschäft, aus dem sie hervorgegangen ist, zum Gegenstande ihrer Geschäftsverbindung machen. Dem letzteren steht nichts entgegen, da es aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit sich ergibt.

§ 10.

Ansprüche und Leistungen.

Gegenstand des Kontokurrentvertrages sind die „beiderseitigen Ansprüche und Leistungen". Wie erwähnt, ist die Definition des § 355 keine juristisch-technische, sondern dem Sprachgebrauch des Handelsverkehrs entnommen. Der Jurist nennt nun vielfach die Posten des Kontokurrents kurz „Forderungen" und „Zahlungen". Die ersteren ergeben sich für jeden Kontrahenten aus den Schuldverhältnissen, auf Grund deren der Gegner ihm verbunden ist. Sie müssen aber alle auf Geld gehen, weil sonst die Aufrechnung unmöglich sein würde, welche die Gleichartigkeit dem Gegenstande nach voraussetzt. Die Forderungen können also nur gehen auf Zahlung einer Geldsumme, z. B. des Kaufpreises, Mietszinses, der Werkvertragsvergütung usw. Die Zahlungen oder Leistungen sind

die in barem Gelde erfolgenden Einschüsse. Was damit tatsächlich gemeint ist, ist für jeden klar, aber ihre juristische Natur festzustellen, ist nicht so leicht und in Wirklichkeit ist auch eine befriedigende Erklärung dafür bisher nicht erfolgt. Lehmann-Ring[1]) halten die Zahlungen für „eine Art Vorschuß, der ein verzinsliches Guthaben erzeugt". Was ist nun aber ein Vorschuß juristisch? Regelsberger[2]) sagt: „Die Zahlungen . . . . . dienen nicht zur Tilgung einer bestimmten Schuld, sondern zur Mehrung des Guthabens (Kredit) des Zahlenden, sie bilden eine Gutmachungspost." Mohr[3]) erklärt die Einschüsse für „Zahlungen auf noch nicht existente oder noch nicht fällige Forderungen". Aus diesen Erklärungen ist deutlich zu ersehen, daß die erwähnten Schriftsteller fühlen, daß die Zahlungen im Kontokurrent etwas anderes sind als eine gewöhnliche Zahlung. Die richtige Auslegung gibt eine Erwägung ihrer Entstehung und ihres Zweckes:

Es stehen sich nicht immer die Forderungen in annähernd gleicher Höhe auf beiden Seiten gegenüber, sondern die der einen überwiegen die der anderen. Daher ist natürlich die Sicherheit, welche das Aufwiegen seiner Forderungen durch die des Gegners dem Gläubiger der größeren Seite solange bot, als beide

---

[1]) a. a. O. S. 777, ähnlich auch Cosack, Lehrbuch d. HR., 7. Aufl., S. 332.

[2]) „Die rechtliche Natur der Abrechnung" in Iherings Jahrb. für die Dogmatik, Bd. 46, S. 4.

[3]) a. a. O. S. 87, 88.

Seiten sich das Gleichgewicht hielten, geringer. Es liegt ihm also daran, daß der Kredit des Gegners steigt. Jedoch ist er selbst zur Zeit nicht in der Lage, mit jenem ein Geschäft abzuschließen, das demselben eine Forderung einbringt, er hat keine Arbeit zu vergeben, kann keine Ware abnehmen, weil er keine Verwendung dafür hat. Aus diesen Gründen hilft man sich damit, daß der das geringere Guthaben Besitzende dem anderen eine Summe Geldes gibt, einen „Einschuß", wie es technisch heißt, und zwar in solcher Höhe, daß der andere sich dadurch gesichert fühlt. Verpflichtet zum Einschuß ist der Einschußgebende selbstverständlich nicht, aber er ist dazu jederzeit berechtigt, sogar gegen den Willen des anderen. Er wird einen Einschuß dann gern geben, wenn er gerade Geld in der Hand hat, das er sonst nicht zu 5% Zinsen verwerten könnte, oder damit er dem Gegner den Zinsgewinn abschneide. Wichtig ist dies dann besonders, wenn der Zinsfuß auf beiden Seiten nicht der gleiche ist.

Ist dieser Einschuß nun überhaupt eine Zahlung?

Gegen sie spricht vor allem die Tatsache, daß die Zahlung durch den Kontokurrentvertrag ausgeschlossen ist, solange die Rechnungsperiode dauert. Das ist allgemein heut anerkannt. Ferner: wer zahlen will, muß zum mindesten wissen, was er zahlen will. Nun ist aber, wie auch die herrschende Meinung anerkennt, die Zahlung weder zur Begleichung einer einzelnen Forderung, noch zur Begleichung der gerade bestehenden Differenz zwischen Kredit und Debet gegeben. Es wird überhaupt nur sehr selten in

Wahrheit ein Einschuß genau in Höhe der letzteren geleistet. Creizenach, der schon die Schwierigkeiten, die für die Erklärung der juristischen Natur der Zahlung bestehen, einsah, stellte die Zahlung als „eine Zahlung auf den Abrechnungssaldo“ hin[1]). Er faßte Forderungen und Zahlungen unter dem gemeinsamen Begriff „Anschaffung“ (versement) zusammen und bezeichnete dann alle Posten als „Zahlungen auf die Gegenseite“. Diese Begriffsbestimmung scheitert allein schon daran, daß auch mit dem Ausdruck „Anschaffung“ nichts erklärt ist, weil ihn die juristische Ausdrucksweise ebenfalls nicht kennt. Ferner aber widersprechen der Theorie die einfachen Tatsachen. Die einzelnen Forderungen sind für den Kontrahenten bei der Zahlung gar nicht maßgebend, sie werden auch gar nicht näher beachtet, ebensowenig der Saldo. Es ist noch vollständig unbestimmt, wie dieser aussieht, wie weit bei der Saldoziehung die einzelnen Gegenforderungen getilgt werden. Vielmehr ist es durchaus möglich, daß er auch ohne die Zahlung noch einen Überschuß zu Gunsten des Zahlenden bildet, sodaß dieser gar keine Schuld hatte, auf welche „gezahlt“ wurde. Eher dürfte man annehmen, der Einschuß sei eine Sicherung, als welche Staub ihn ansieht[2]). Er könnte zwar ein Pfand nicht sein, weil keine Forderung erkenntlich ist, die gesichert werden sollte, aber er hätte etwa die Natur eines depositum irregulare. Indes steht dem

[1]) a. a. O. S. 42, 43, 55.

[2]) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Exk. zu § 376, Anm. 67.

entgegen, daß dies im Interesse des Gebers, der Einschuß aber sehr häufig auch im Interesse des Nehmers gegeben wird. Es bleibt folglich nur übrig, daß diese Zahlung etwas dem Kontokurrent Eigentümliches ist. Sie wird in der Absicht geleistet, eine Forderung von gleicher Höhe für den Hingebenden entstehen zu lassen. Sie ist dagegen keine „solutio".

Das Reichsgericht sagt dies in einer Entscheidung[1]): „Ein Einschuß gilt nicht zur Tilgung eines bestimmten Debetpostens, sondern zur Begründung eines Aktivpostens", und dasselbe spricht Greber aus[2]): „Zahlung ist nicht Entlastung des Zahlenden, sondern Belastung des Gegners." Die gleiche Ansicht vertreten ferner viele andere namhafte Schriftsteller[3]).

Aber alle diese ziehen nicht die Konsequenzen ihrer Auslegung, sie lassen die „Zahlung" weiter als Kontokurrentposten bestehen und stellen ihr weiter die „Ansprüche" oder „Forderungen" gegenüber. Es wird nicht die „Zahlung" selbst der Posten, sondern die durch die Zahlung entstandene Forderung tritt als Posten in den Kontokurrentnexus.

Ein schlagender Beweis existiert ferner noch dafür, daß nur Forderungen im Kontokurrent stehen. Dies ist die „Aufrechnung" oder „Verrechnung"[4]), die am

---

[1]) Bankarchiv, Jahrg. 3, S. 191.

[2]) a. a. O. S. 76.

[3]) Creizenach, a. a. O. S. 43; Lehmann-Ring a. a. O. Nr. 18, und die bei Greber, a. a. O. S. 76 Zitierten.

[4]) Der Ausdruck „Verrechnung" im § 355 HGB. bedeutet dort „Aufrechnung"; das ergibt sich aus den obigen Darlegungen; vgl. dazu auch Cosack, Lehrb. d. HR., 7. Aufl., S. 335.

Schlusse der Kontokurrentperiode stattfindet. „Aufrechnen“ kann man nur Forderungen, keine Zahlungen oder Leistungen. Mit einer Zahlung oder Leistung wird eine Forderung wohl getilgt, aber niemals aufgerechnet. Das war weder früher möglich noch nach dem BGB., das nur die Aufrechnung von Forderungen kennt. (Daß eine Aufrechnung im Kontokurrent erfolgt, wird übrigens von niemand bestritten. Streitig ist nur die Art und die Wirkung derselben.)

Allerdings sagt nun auch die Denkschrift, es ständen sich nicht nur „wirkliche Forderungen“ gegenüber. Was soll aber das Gegenstück zu „wirklichen“ Forderungen sein? Der Jurist kennt hier nur „Forderung“ und „Leistung“, kein Mittelding zwischen beiden. Ist die Zahlung keine Leistung im juristischen Sinne, — und daß sie das nicht ist, ist heut kaum noch bestritten, — so muß sie eine Forderung begründen. Dem steht nicht entgegen, daß das Gesetz selbst „Ansprüche“ und „Leistungen“ unterscheidet. Dies ist im Gegenteil daraus zu erklären, daß es keine juristischen Festlegungen aufstellen will, sondern nur die Vorgänge im praktischen Leben möglichst auch juristisch verständlich darzustellen sucht. Wenn es nun sagt: die Ansprüche und Leistungen werden in Rechnung gestellt und verrechnet, so hat es damit nur sagen wollen und auch wirklich gesagt, daß dasjenige in Rechnung gestellt und verrechnet werden soll, was die Kaufleute als Ansprüche und Leistungen ansehen. Für den Kaufmann ist es natürlich eine Zahlung, wenn ihm jemand Geld auf den Tisch legt

und er es einstreicht. Ein Depositum irregulare ist für ihn ebenso eine Zahlung wie eine Sicherung in Geld. Die juristische Bedeutung derselben beachtet er weniger. Nun will der Kaufmann, wie das Gesetz sagt, Ansprüche und Leistungen untereinander aufrechnen. Darüber herrscht aber Übereinstimmung zwischen dem kaufmännischen und juristischen Sprachgebrauch, daß nur Forderungen aufgerechnet werden können. Folglich müssen auch die „Leistungen" Forderungen oder „Ansprüche" begründen, nicht aber können sie weiter als „Leistungen" im Kontokurrentverbande bestehen bleiben.

Wir haben es also im Kontokurrent nur mit Forderungen zu tun. Ein Unterschied zwischen „Ansprüchen" und „Leistungen", „Zahlungen" und „Forderungen" existiert nicht.

§ 11.

Die Wirkung der Einstellung einer Forderung in den Kontokurrentverband.

Durch die Einstellung einer Forderung als Posten in den Kontokurrentverband soll nach Meinung Verschiedener eine rechtliche Veränderung mit ihr vorgehen. Die bei Greber S. 72 zitierten Orillard und Foà vergleichen den Kontokurrent mit einem Schmelztiegel (creuset bezw. crogiulo), in welchem alle eingetretenen Posten zu zwei kompakten Massen der Kredit- und der Debetmasse verschmolzen werden. Sie würden dadurch ihre frühere Rechtsnatur, über-

haupt ihre Individualität, eingebüßt haben und nur noch einen, von anderen Teilen nicht unterscheidbaren, Teil der neuen Massen darstellen. Ähnlich drückt sich Endemann aus[1]):

„Die Schulden werden durch den Vertrag derartig uniformiert, daß sie ihre Individualität in dieser Beziehung verlieren."

Düringer-Hachenburg[2]) erblicken den Unterschied zwischen dem eigentlichen Kontokurrentvertrag und der offenen Rechnung gerade darin, daß bei jenem die einzelnen Rechnungsposten ihre Selbständigkeit verlieren und nur noch als „Elemente des künftigen Saldos" in Betracht kämen, während beim uneigentlichen Kontokurrent jeder Posten seine selbständige Bedeutung behalte. Es wirke der Kontokurrentvertrag nivellierend auf die Posten, so daß sie dadurch ihren Charakter verlören. Eine ähnliche Ansicht vertreten das Reichsgericht, Greber[3]) und Goldschmidt.

Das Reichsgericht hat sich wiederholt[4]) dahin geäußert, daß im Kontokurrent die einzelnen Posten nach der Einstellung keine Forderungen oder Zahlungen seien, sondern lediglich als Summanden der Debet- oder Kreditseite als „Rechnungsfaktoren" in Betracht kämen. Sie würden ihres Charakters als Forderungen,

[1]) „Handbuch des Handelsrechts" 1887, S. 946.

[2]) „Das Handelsrecht", Vorbemerk. zu § 355—357, Nr. 2.

[3]) S. 83.

[4]) RG., Bd. 18, S. 248; Bd. 22, S. 151; Bd. 60, S. 292.

Gegenforderungen und Zahlungen durch den Kontokurrent notwendigerweise entkleidet, und es käme ihnen eine selbständige, juristische Bedeutung nicht mehr zu.

Hierin ist deutlich der Einfluß Goldschmidts zu spüren, der über diesen Punkt sagt[1]): „Während der Rechnungsperiode begründet jede einzelne Geldleistung des einen oder anderen Teils einen bloßen Rechnungsposten (nomen im Sinne der Buchführung, d. h. nur einen arithmetischen Faktor für das Schlußergebnis) nicht „Forderung“ oder „Schuld“ oder „Zahlung“ im Rechtssinne. Es gibt juristisch nur eine Schuld: Die Saldoschuld, und nur eine Klage, die Saldoklage.“ Die Konsequenzen dieser Ansicht wären die, daß die ursprüngliche Forderung beim Eintritt in den Verband erlischt und an ihre Stelle in diesen ein „Rechnungsfaktor“ tritt. Darin läge klar eine Novation, wie sie von den französischen Juristen verfochten wurde. Von Gesetzeswegen steht dem entgegen, daß von „Rechnungsfaktoren“ keine Zinsen genommen werden können, wie sie § 355 für jeden Posten entstehen läßt. Überhaupt kennt weder das Gesetz noch die Wissenschaft, wie Staub[2]) treffend ausführt, Rechnungsfaktoren, sondern nur Forderungen und Leistungen. Schließlich ist aber auch eine Aufrechnung von Rechnungsfaktoren nicht möglich. Eine Umwandlung anderer

---

[1]) System des Handelsrechts, S. 206.

[2]) Ähnlich auch Lehmann-Ring, § 355, Note 17, 20.

Art fußt gleichfalls nicht auf dem Gesetz. Dies bietet nicht den geringsten Anlaß, eine rechtliche Veränderung der Posten nach ihrem Eintreten in den Kontokurrent anzunehmen. In diesen werden nicht die „Geschäfte“, die aus der Geschäftsverbindung hervorgehen, eingestellt, sondern nur die aus diesen sich ergebenden Forderungen und zwar auch nicht sämtliche, sondern nur diejenigen, welche die Zahlung von Geld zum Gegenstande haben. Nun entstehen aber aus den abgeschlossenen Geschäften noch andere Forderungen, z. B. beim Kauf die actio quanti minoris und die actio redhibitoria, ferner bei vielen Geschäften die Forderungen von Zinsen und Provisionen, die Forderungen aus Sicherungen, Bürgschaften u. a. Diese können sich evtl. gegen die Zahlungsforderung richten. Die letztere ist also mit Vorzügen und Mängeln behaftet. Es sind im Kontokurrent auf beiden Seiten nur die Geldforderungen aus den einzelnen zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäften aufgesammelt worden, so wie sie aus diesen hervorgingen mit ihren Mängeln und Vorzügen. Aus der bloßen Ansammlung kann niemals gefolgert werden, daß die Kontrahenten auf jene Vorzüge und Mängel verzichteten. Sie wollen nichts weiter als die Zahlung für eine bestimmte Zeit ausschließen, wofern sie zu dieser verpflichtet sind. Dieser Vertragsinhalt geht aus § 355 hervor. Der Kontokurrent verpflichtet daher zu nichts, was darüber hinausgeht. Würden nun aber die Kontokurrentposten als Forderung ihre Individualität verlieren und einen

anderen Charakter annehmen, so würde damit ein Zwang zum Verzicht auf Einreden und Mängel herbeigeführt, der nicht Inhalt des Kontokurrentvertrages ist.

Danach bleiben die im Kontokurrent stehenden Forderungen nach der Einstellung das, was sie vorher waren, Kaufpreisforderung, Mietszinsforderung, Forderung auf Werkvertragsvergütung, Forderung auf Grund der Einschußleistung usw.

Die Forderungen bleiben kenntlich nicht nur ihrer Natur nach, insbesondere mit Mängeln und Vorzügen, sondern auch ihrer Höhe nach. Sie werden genau in dieser gebucht, und danach werden die bis zum Ende der Periode laufenden Zinsen berechnet.

Die hier aufgestellte Ansicht hat auch das Reichsgericht früher verfochten. Es sagt wörtlich in der Entscheidung Bd. 30, S. 90: „Der Kontokurrentvertrag bezweckt weder noch bewirkt er eine Änderung in der juristischen Eigentümlichkeit der Rechtsverhältnisse, sondern betrifft nur die Art und Weise, wie die einzelnen Forderungen und Gegenforderungen getilgt werden sollen[1])."

Die oben erörterten Theorien rühren wohl hauptsächlich daher, daß ihre Verteidiger einsahen, daß die Zwiespältigkeit von „Leistungen" und „Forderungen" Schwierigkeiten mache und sie mit jenen Lehrsätzen

---

[1]) Ebenso auch Creizenach, a. a. O. S. 18, und Greber a. a. O. S. 14, der diese Ansicht nachher aber ändert; Lehmann-Ring a. a. O. Nr. 17.

nur den Grund dafür angeben wollen, weshalb eine Rücknahme der einzelnen Forderungen aus dem Nexus unzulässig ist. Dazu bedarf es aber keines Erlöschens der Individualität oder einer Umwandlung. Es ist Inhalt des Vertrages, daß keine Forderung einseitig herausgenommen oder außerhalb des Kontokurrents geltend gemacht werden darf. Die einzige Möglichkeit der Geltendmachung ohne Herausnahme ist nämlich, da nur Geldforderungen im Kontokurrentverband vorhanden sind, die Beanspruchung der Zahlung. Diese ist vertragsmäßig ausdrücklich ausgeschlossen. Desgleichen ist eine Herausnahme, z. B. Cession, deshalb unzulässig, weil die Forderung der anderen Partei gegenüber in Rechnung gestellt werden sollte und dieser Zustand bis zur Verrechnung, in die er sich auflöst, zu dauern hat.

Die Kontokurrentposten stehen in einer rechtlichen Gebundenheit. Sie sind Teile eines Ganzen geworden. Sie dürfen nicht einzeln eingeklagt, nicht einzeln abgetreten werden, sie sind nicht einzeln pfändbar, trotzdem aber bestehen sie auch in der Gebundenheit individuell und deutlich unter einander unterscheidbar fort. Will man dies Verhältnis plastisch darstellen, so denke man an eine Kette. Jedes einzelne Glied ist genau kenntlich und von den anderen zu unterscheiden, aber es kann nicht losgelöst werden, ohne die Gestalt der Kette zu verändern.

§ 12.

Die Verrechnung.

Das Gesetz äußert sich nicht ausdrücklich darüber, wie die Verrechnung im einzelnen vorgenommen werden soll. In der Praxis geht sie gewöhnlich in der Weise vor sich, daß ein Teil die Aufrechnung in der oben Seite 46 beschriebenen Weise vornimmt, einen die Aufstellung der gesamten Kredit- und Debetposten und ihre Verrechnung enthaltenden Auszug dem Gegner übersendet und ihn ersucht, diesen seinerseits zu prüfen und zu erklären, ob er ihn für richtig befinde oder welche Ausstellungen er zu machen habe. Das Ersuchen ist gewöhnlich ein ausdrückliches, aber auch bisweilen ein stillschweigendes, das in der bloßen Übersendung des Auszuges liegt.

Es ist nun aber die Frage, in welcher Weise die Aufrechnung vor sich gegangen ist, vor allem woraus die Saldoforderung sich zusammensetzt. Diese Frage ist für das Thema von grundlegender Bedeutung.

Nach einer Ansicht die von Mohr a. a. O. erörtert worden ist, erfolgt die Ausgleichung der beiden Seiten dadurch, daß die Kontrahenten sich gegenseitig ihre sämtlichen Forderungen erlassen und nach Abschluß dieser Erlaßverträge einen Schuldanerkenntnisvertrag über die Saldoforderung schließen. Dies widerspricht dem § 355, der ausdrücklich von „Verrechnung“ redet. Daß darunter nichts anderes als „Aufrechnung“ verstanden werden darf, ist bereits dargelegt. Hier findet aber eine Aufrechnung nicht statt.

Nach Mohr selbst und Theusner[1]) findet die Aufrechnung in der Weise statt, daß der erste Posten einer Seite mit dem ersten Posten der anderen Seite und der daraus verbleibende Überschuß immer mit jedem neu eintretenden Posten der Gegenseite aufgerechnet, dagegen ein auf der gleichen Seite eintretender Posten mit ihm zu einem Posten vereinigt wird (mathematisch ausgedrückt: hinzuaddiert wird). Es wird demnach bei jedem Hinzutritt eines Gegenpostens eine Aufrechnung vorgenommen. Diese Verrechnungsart hatte bereits Thöl[2]) als für den „uneigentlichen" Kontokurrent geltend erklärt. Mohr und Theusner legen ihrer Ansicht die Staffelrechnung zugrunde, bei der so gerechnet wird, wie sie es für richtig halten. Jene Rechnung hat aber nur den Zweck, die Zinsen richtiger zu ermitteln, falls der Zinsfuß ungleich ist. Eine Aufrechnung, d. h. Tilgung von Forderungen darf nicht bei jeder derartigen Saldoziehung erfolgen, weil dies mit § 355 nicht im Einklange steht. Dieser redet von einer Verrechnung und Feststellung in regelmäßigen Zeitabschnitten. Bis zu jener Verrechnung ist die Tilgung ausgeschlossen und nur durch jene kann sie erfolgen. Die Feststellung kann nur von beiden Parteien gemeinsam bewerkstelligt werden, während die obigen Aufrechnungen bei Hinzutritt eines Gegenpostens einseitig vorgenommen werden.

---

[1]) „Der Kontokurrentvertrag".

[2]) „Das Handelsrecht", § 317, S. 1048: „Dieser Saldo, der also das Resultat einer Reihe von Kompensationen oder teils Kompensationen, teils Zahlungen ist ...."

Um zu dem Resultat zu gelangen, welches Mohr und Theusner erreichen, ist überhaupt ein Kontokurrentvertrag nicht erforderlich, weil es sich bereits ohne weiteres aus § 387 BGB. ergibt.

Regelsberger[1]) konstruiert die Abrechnung folgendermaßen: Aus der Addition der Einzelforderungen jeder Seite gehen zwei „Gesamtforderungen" hervor. Über ihre Debetseite (Debetgesamtforderung) gibt jede Partei ein Schuldanerkenntnis ab, welches von der anderen akzeptiert wird. Darauf werden die Gesamtforderungen gegeneinander aufgerechnet. Bleibt ein Überschuß, so kann dieser, braucht es aber nicht, wieder Gegenstand eines Anerkenntnisvertrages werden, indem der Schuldner ihn zu schulden bekennt, der Gläubiger dies annimmt. Zur Entstehung der Saldoforderung ist das Anerkenntnis derselben deshalb nicht nötig, weil sie bereits in der überschießenden Gesamtforderung anerkannt ist. Regelsberger, dem sich jetzt bezüglich seiner Konstruktion die herrschende Meinung angeschlossen hat[2]), bekämpft mit seiner Theorie solche Theorien, welche wie Thöl[3]) für die außerhalb des Kontokurrents erfolgende Abrechnung die einzelnen Posten gegeneinander aufrechnen wollen, und wie dies ähnlich von

---

[1]) „Die rechtliche Natur der Abrechnung" in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik, Bd. 46, S. 1 ff.

[2]) vgl. Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorbem. 1 vor § 387; Oertmann, Comm. z. BGB. (Schuldverhältnisse) Nr. 1 zu § 782.

[3]) S. 1048 a. a. O.

Mohr und Theusner gelehrt wird. Es ist indessen nicht richtig, daß Aufrechnungsfaktoren die Gesamtforderungen sind. Dies könnte überhaupt höchstens für die Saldofeststellung gelten, welche durch Übersendung des Auszuges geschieht. Es ist nicht erforderlich für eine Fesstellung, die von den Parteien gemeinsam vorgenommen wird. Ebenso wie zwei Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden können, ohne daß sie zuvor anerkannt sein müßten, kann dies auch mit 4, 15, 20 usw. geschehen, ohne daß sie erst auf 2 zurückgeführt sein müßten. Die Addition beweist nichts, weil sie nur ein rechnerischer, kein juristischer Vorgang ist. Genau wie einzelne Forderungen kann man auch Summen von Forderungen gegeneinander aufrechnen.

Wie Regelsberger rechnet auch das Reichsgericht[1]) die ganze Aktivseite gegen die ganze Passivseite auf. Es leitet diese Rechnungsmethode aber aus § 366 BGB. ab. In diesem ist gesagt: „Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet, und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt.

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die

[1]) RG., Bd. 56, S. 24; ebenso Staub, Exk. zu § 376, Anm. 17; Greber, S. 104; Cosack, Lehrb. d. HR., 7. Aufl., S. 335.

dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt.“ Da nun im Kontokurrent infolge seiner Eigenart alle Schulden gleich fällig, gleich sicher, gleich lästig und gleich alt seien, so müsse jede Schuld, d. h. jeder Posten der Passivseite — die der Aktivseite sind ja völlig getilgt — verhältnismäßig aufgerechnet werden und zwar im Verhältnis der Aktivseite zur Passivseite.

Dieser Begründung kann nicht beigestimmt werden. Aus der Bedeutung und dem Zwecke des § 366 ist schon zu erkennen, daß der Gesetzgeber bei seiner Aufstellung an den Kontokurrent nicht gedacht haben kann. § 366 unterscheidet fünf verschiedene Kategorien von Forderungen. Vier von diesen können (auch nach Ansicht des Reichsgericht selbst) überhaupt niemals im Kontokurrent vorkommen, nur eine einzige bleibt übrig. Der Zweck der Bestimmung ist aber gerade die Unterscheidung in der rechtlichen Behandlung der fünf Kategorien. Wenn eine solche ohnehin nicht möglich ist, hat die Bestimmung keinen Sinn. Außerdem ist sie nur im Hinblick auf die einseitige Aufrechnung gegeben, nicht in Rücksicht auf den Aufrechnungsvertrag, der etwas ganz anderes darstellt.

Selbst wenn man sich aber auf den Standpunkt stellt, daß § 366 BGB. im Kontokurrent Anwendung zu finden habe, so hat das Reichsgericht ihn doch nicht richtig angewandt. Es sind wohl alle Forderungen gleich fällig und gleich alt, aber sie bieten dem Gläubiger

nicht alle die gleiche Sicherheit und es sind nicht alle für den Schuldner gleich lästig. Hier kommen nämlich in Frage die unwirksamen Forderungen. Darauf wird eingehend zurückgekommen werden.

Ferner muß, wenn § 366 BGB. anwendbar ist, auch § 367 BGB. angewandt werden. Diesem stände kein anderer Grund entgegen als jenem. Nach § 367 ist, wenn der Schuldner außer der Hauptleistung auch Zinsen und Kosten zu entrichten hat, eine Leistung, die zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreicht, zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung anzurechnen[1]). Demgemäß müßte die Aktivseite inklusive ihrer Zinsen zunächst auf die Kosten und Zinsen der Gegenseite und die Restsumme auf die Hauptforderungen der letzteren verrechnet werden.

Das Reichsgericht hat übrigens nicht immer den jetzigen Standpunkt eingenommen. In der Entscheidung Bd. 28, S. 36 erklärt es vielmehr in klaren Worten die Aufrechnung nach den gesetzlichen Regeln über die Anrechnung beim Vorhandensein mehrerer Forderungen im Kontokurrent für unzulässig, weil damit das Wesen dieses Rechnungsverhältnisses verleugnet werde.

Richtig an der Verrechnungsmethode des Reichsgerichts ist, daß es nicht die Gesamtforderungen, wie Regelsberger es will, als in sich fest verschmolzene,

[1]) Es kommen im Kontokurrent Kosten häufig vor. Solche sind z. B. Provision, Courtage, Spesen, Auslagen, Stempel, Porto und ähnliche.

in ihrem Geflüge unkenntliche Massen verrechnet, sondern die Passivseite wenigstens in ihrer Struktur erkennen läßt. Bei der Aktivseite ist dies dagegen nicht ganz klar. Richtig ist aber auch ferner die „verhältnismäßige“ Verrechnung an sich, darin ist dem Reichsgericht beizutreten. Nur basiert sie auf anderen Gründen:

Vor der Verrechnung stehen sich die Forderungen auf beiden Seiten gegenüber untereinander auf jeder Seite verbunden als Glieder einer Kette. Nach dem Vertrage sollen die sämtlichen Aktivposten die sämtlichen Passivposten durch Aufrechnung tilgen. Sind sie nun nicht so hoch wie diese, so vermögen sie nur einen Teil von ihnen zu tilgen. Da nun die Passivseite nicht eine in ihren einzelnen Teilen unkenntliche Masse ist, sondern alle Einzelposten genau ihrer Individualität und daher insbesondere — worauf es hier hauptsächlich ankommt, — ihrer Werthöhe nach zu unterscheiden sind, so tilgt jeder Aktivposten jeden Passivposten verhältnismäßig, nämlich zu dem seiner Höhe in Rücksicht auf die übrigen Passivposten angemessenen Teil. Dies wird klar an folgendem Beispiel:

Debet	Credit
2	8
4	10
6	12
12.	30.

Von dem Aktivposten 2 entfallen

auf den Passivposten 8 . . . 16/30
auf den Passivposten 10 . . . 20/30
auf den Passivposten 12 . . . 24/30.

Ebenso entfallen von den anderen Aktivposten die entsprechenden Teile auf den Passivposten 8.

Auf diesen entfallen demnach

von dem Posten 2 . . . 16/30
von dem Posten 4 . . . 32/30
von dem Posten 6 . . . 48/30.

Insgesamt von allen Posten der Aktivseite

$$\frac{16+32+48}{30} = \frac{96}{30} \text{ oder } 8 \cdot \frac{12}{30} \text{ usw.}$$

Danach ist jeder Posten der Passivseite getilgt im Verhältnis der Aktiv- zur Passivseite, wenn man das Resultat kurz ausdrücken will. Bei der Art, wie das Reichsgericht letzteres erhält, erscheint die Aktivseite als eine geschlossene Masse, dagegen die Passivseite als aus einzelnen Forderungen bestehend. Hingegen ist hier deutlich erkennbar, wie, dem Inhalte des Kontokurrentvertrages entsprechend, sämtliche Aktivposten auch wirklich sämtliche Passivposten tilgen.

Gegen die Anwendung der gewöhnlichen Imputationsregeln im Kontokurrent sind übrigens zahlreiche Schriftsteller[1]). Ferner ist sie auch von der Praxis vielfach abgelehnt worden[2]).

[1]) Lehmann, S. 774; Goldschmidt, System, S. 206; Staub, 8. Aufl., § 355, Anm. 19; Danz, im Bankarchiv, Jahrgang 4, S. 146; Greber, S. 103; Creizenach, S. 43 u. 74; Endemann, Handbuch, S. 946; Heilbrunn, S. 230 — indessen größtenteils mit abweichender Begründung. — Düringer-Hachenburg nur beim uneigentlichen Kontokurrent.

[2]) ROHG., Bd. 2, S. 137 ff., Bd. 6, S. 257; RG., Bd. 1, S. 20, Bd. 10, S. 53.

§ 13.

Die Feststellung des Überschusses.

Nach der Aufrechnung bleibt gewöhnlich ein ungetilgter Rest von Forderungen übrig, nämlich die Forderungen der Passivseite, soweit sie nicht von der Aufrechnung erfaßt sind. In welcher Höhe dies der Fall ist, ist ganz genau zu bestimmen. Damit ist nun aber dem Zweck, den die Parteien mit dem Kontokurrentvertrage verfolgen, der Vereinfachung der Rechtsverhältnisse, nicht gedient. Diese werden im Gegenteil noch komplizierter. Die gewünschte Vereinfachung ist gleichfalls Inhalt des Vertrages und wird als solcher vom Gesetz anerkannt. Deshalb redet § 355 nicht nur von Verrechnung, sondern fügt auch „Feststellung des Ueberschusses“ als Tatbestandsmerkmal des Kontokurrentvertrages an. Mit dem dem praktischen Leben entnommenen Ausdruck „Feststellung“ kann juristisch nichts anderes gemeint sein als „Schuldanerkenntnisvertrag“. Mit der Feststellung wollen die Kontrahenten sich gegenseitig die Erklärung abgeben, daß sie das ermittelte Ergebnis der Verrechnung für richtig halten. In diesem Vorgang liegt juristisch ein Schuldanerkenntnisvertrag. Der Schuldner des Ueberschusses erklärt dem Gegner gegenüber, daß er seine Schuld (das Ergebnis der Verrechnung) für richtig halte. Dieser stimmt dem zu. Also der eine „erkennt an“, der andere „akzeptiert“. Damit ist aber noch nicht der Zweck der Vereinfachung völlig erreicht; denn es ist mit dem Anerkenntnis noch nicht die alte Schuld aus dem Ueberschuß aus der Welt geschafft, sondern

nur eine neue (die aus dem Anerkenntnis) neben sie (akzessorisch) getreten. Die erstrebte Vereinfachung kann nur dadurch erreicht werden, daß an die Stelle der alten komplizierten Überschußforderung die neue, auf dem Schuldanerkenntnis allein basierende, Forderung gesetzt wird.

Es erfolgt, wenn man den Vorgang juristisch erklären will, eine Novation: An die Stelle der alten Schuld tritt die aus der Saldofeststellung hervorgegangene. Diese Annahme steht im Einklang mit den Handlungen und Absichten der Parteien. Diese beachten nach der Saldoziehung die einzelnen Forderungen nicht mehr. Für sie sind sie durch das Rechenexempel längst verschwunden[1]).

---

[1]) Über die Novation und wann sie erfolgt, ist viel gestritten und wird es auch noch. Für das Thema hat sie, wie nachher gezeigt werden wird, eine große Bedeutung nicht. Aus diesem Grunde wird hier auf diese Frage nicht näher eingegangen. Die Literatur darüber ist ziemlich groß. Es seien hier nur die namhaftesten Schriftsteller angegeben:

Für Novation bei der Saldoziehung sind noch: Greber, S. 125; Heilbrunn, S. 232; Bähr, § 56, Nr. 3.

Für Novation bei Addition der Einzelforderungen: Außer Regelsberger in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik, Bd. 46, S. 12, noch Makower, 12. Aufl., S. 965; ROHG., Bd. 11, Nr. 92, S. 276; OAG. Wiesbaden in Seufferts Archiv, Bd. 11, Nr. 228.

Für Novation bei Vortrag des Saldo auf neue Rechnung Cosack, Lehrb. d. HR., 7. Aufl., S. 334.

Gegen jede Novation Lehmann, S. 779; Riesser, 18. Juristentag, Bd. 1, S. 13; Dernburg, Schuldverhältnisse, II. Abt., 4. Aufl., § 121, Ziff. II; vergl. ferner die einzelnen Theorien bei Greber, S. 114 ff.

§ 14.

Endigung des Kontokurrentvertrages.

Der Kontokurrentvertrag endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die er eingegangen ist. Das ergibt sich aus dem Rechte der Vertragsfreiheit. Ist keine Vereinbarung darüber getroffen, so ist die Kündigung jederzeit gestattet. Sie bewirkt, daß derjenige, welchem nach der Rechnung ein Ueberschuß zukommt, dessen Zahlung sofort verlangen kann (§ 355 HGB).

§ 15.

Sicherheiten [1]).

Aus den obigen Darlegungen ergibt sich von selbst, daß die für eine Forderung gegebene Sicherheit dadurch, daß erstere in den Kontokurrentverband tritt, eine Veränderung nicht erleidet. Es handelt sich also nur noch darum, wie die Saldofeststellung auf sie wirkt.

Vor Einführung des neuen Handelsgesetzbuches herrschte Streit darüber, ob Sicherheiten nach dem Eintritt der Forderung in den Kontokurrent weiter

[1]) Sicherheitsbestellung ist im Handelsverkehr sehr gebräuchlich. Sie findet nicht nur vertragsmäßig durch Pfand und Bürgschaftsbestellung, sondern auch gesetzlich statt. Es hat z. B. ein gesetzliches Pfandrecht der Spediteur, Lagerhalter, Frachtführer, Kommissionär. Ferner gehören dahin das kaufmännische Retentionsrecht und die Sicherheitsübereignung, auch die Mithaftung Dritter, z. B. des neuen Firmeninhabers für die Geschäftsschulden (§ 25 HGB.), des Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft (§ 128 HGB.).

beständen oder ob sie nicht wenigstens, wenn dies der Fall sei, durch die Saldofeststellung untergingen. Heute unterliegt die erste Möglichkeit einem Zweifel nur dann, wenn man nicht den oben vertretenen Standpunkt einnimmt, daß die Forderungen nach ihrem Eintritt in den Verband fortbestehen, ohne eine Veränderung zu erfahren. Die Wirkung der Saldofeststellung auf die Sicherung legt § 356 HGB. dahin fest, „daß der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert wird, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken." Hier liegt ein Widerspruch vor. Es bestimmt nämlich das bürgerliche Recht, daß das Pfandrecht und die Bürgschaft sich nach der Forderung richten, für die sie hingegeben werden. Diese ist durch die Verrechnung zum Teil untergegangen. Trotz des Unterganges kann nun aber der Gläubiger für die ganze Forderung noch Befriedigung suchen, soweit der Saldo ihr an Höhe gleichkommt. Dieser kann natürlich sehr wohl größer sein als der in ihm noch steckende Teil der alten Forderung.

Die einfachste Erklärung der Controverse wäre dadurch gegeben, daß man den Schluß zöge, die alte Forderung bestehe noch im Saldo fort. Dem steht indes zunächst die aus § 355 abzuleitende Art der Verrechnung entgegen. Wollte man aber auch annehmen, daß ausnahmsweise die gesicherte Forderung zuletzt verrechnet werden müsse, gäbe auch diese Annahme keine genügende Aufklärung; denn wenn z. B. drei

Forderungen gesichert sind und der Höhe des Saldo nach nur noch eine von ihnen in ihm enthalten sein könnte, haften trotzdem alle drei Sicherheiten primär solidarisch für diese eine.

Lehmann[1]) will um dieses logisch nicht zu erklärenden Widerspruches willen bei der Auslegung des § 356 vom Wortlaute abweichen und legt dar, die Bestimmung sei so aufzufassen, „daß die Sicherheit in Höhe des Saldos nur unter der Voraussetzung hafte, daß die durch sie gedeckte Forderung nicht durch die Aufrechnung untergegeangen sei". Diese Auffassung hat zweifellos den großen Vorzug, daß sie der Logik entspricht. Weshalb Staub[2]) dies bestreitet, ist unerfindlich. Ferner steht ihr die sehr zu bedenkende Tatsache zur Seite, daß der Gesetzgeber wohl nur bezweckt hat, den Gläubiger der Sicherung nicht schlechter als vor der Saldofeststellung zu stellen, nicht aber ihn besser als vorher und damit den Schuldner ungünstiger zu stellen, was bei wörtlicher Auslegung des § 356 zweifellos der Fall ist. Trotz dieser durchaus richtigen Erwägungen scheint aber doch der klare Wortlaut des § 356 jener Meinung entgegenzustehen. Lehmann selbst verkennt auch nicht, daß die Auslegung mit großen Schwierigkeiten verbunden sei, und er selbst hat auch ernstlich noch eine andere Möglichkeit erwogen, daß nämlich § 356 Abs. 1 überhaupt nicht logisch zu rechtfertigen sei.

---

[1]) S. 779 ff., ebenso auch Lehmann-Ring, § 355, Nr. 29, und Oertmann in Bankarchiv, 6. Jahrg., Nr. 11, S. 139.

[2]) 8. Aufl., § 356, Anm. 1.

Daß die Sicherungsrechte auf die Saldoforderung übergegangen sind (weil die alte Forderung nicht mehr vorhanden ist), bestreitet die Denkschrift ausdrücklich[1]), und es bietet auch § 356 keine ausreichende Stütze für diese Auffassung.

Staub[2]) nimmt an, daß die Sicherungsrechte zu selbständigen Obligationen werden, z. B. das Pfandrecht zur Sachbelastung ähnlich der Grundschuld, die Hypothek zur Grundschuld, die Bürgschaft zur selbständigen Obligation, die Mithaftung zur Alleinhaftung. Eine derartige scharfe Abweichung von den sonst gültigen Grundregeln hätte das Gesetz deutlicher zum Ausdruck gebracht. Der Meinung Staubs steht ferner, worauf Lehmann[3]) hinweist, die Tatsache entgegen, daß dem Pfandbesteller und Bürgen die alten Einreden zustehen.

So bleibt denn in der Tat nichts weiter übrig als die Annahme, daß hier eine logisch nicht zu begründende positive Gesetzesvorschrift vorliegt. Der Gesetzgeber hat kraft seiner souveränen Gewalt die aus § 355 notwendig sich ergebenden Folgen für die Sicherung aufgehoben. Daß ihm dies gestattet ist, kann füglich nicht bestritten werden.

Das Fortbestehen der gesicherten Forderung im Saldo ist eine Fiktion.

---

[1]) S. 431, ebenso auch Lehmann, S. 780, Anm. 1.

[2]) § 356, Anm. 1.

[3]) S. 780, Anm. 1.

D. Die unwirksamen Forderungen im Kontokurrentvertrag.

§ 16.

Die Wirkung der Einstellung unwirksamer Posten bis zur Verrechnung.

Zunächst erhebt sich die Frage, ob die Natur des Kontokurrentvertrages überhaupt die Einstellung von Forderungen aus Naturalobligationen zuläßt. Daß dies auf verjährte Forderungen zutrifft, dürfte einem Zweifel kaum unterliegen, ist auch nicht bestritten. Sie sind vollwirksame Forderungen, denen nur eine Einrede entgegensteht. Erst in dem Augenblick, wo diese erhoben wird, werden sie unwirksam. Bis dahin sind sie als wirksam zu betrachten.

Anders liegt dies aber bei denjenigen Forderungen, deren Unwirksamkeit ex officio zu berücksichtigen ist. Wer wie Hellwig und Siber aus den Geschäften, aus welchen sie hervorgehen, überhaupt keine Forderung entstehen läßt, muß sie als nicht einstellungsfähig ansehen. Von dem oben vertretenen Standpunkt aus ist dagegen eine Einstellung nicht aus dem Grunde ausgeschlossen, weil „eine Verbindlichkeit“ nicht begründet wird. Der Unterschied ist übrigens nur theoretisch, weil auch Hellwig und Siber nicht die Erfüllungsmöglichkeit durch Aufrechnung leugnen und sie tatsächlich die unwirksamen Forderungen auch nicht den nichtigen gleich behandeln.

Einer Vereinbarung der Parteien, nach welcher unwirksame Forderungen Gegenstand der Kontokurrent-

verbindung werden sollen, steht danach nichts im Wege. Aber auch die Verkehrssitte, falls sie in Ermangelung einer Parteiabrede über die Einstellung zu bestimmen hätte, würde die letztere erfordern, wenn unwirksame Geschäfte, z. B. Börsentermingeschäfte, für gewöhnlich unter die Geschäftsverbindung von Kaufleuten der betreffenden Branche fallen. Denn man wird weder behaupten können, daß dies gegen die guten Sitten noch gegen die Auslegung nach Treu und Glauben verstieße.

Nun ist dies alles aber insofern unerheblich, als alle zum Zweck der Erfüllung von Naturalforderungen eingegangenen Verbindlichkeiten unwirksam sind — bezw. (was §§ 222 und 814 BGB. betrifft,) es wenigstens diese Verbindlichkeit ist.

Daher bleiben die unwirksamen Forderungen ebenso unwirksam und behalten die gleiche Rechtsnatur wie sie sie vor der Einstellung besaßen, bezw. ohne dieselbe besitzen würden. Die Einstellung allein ist nicht imstande, eine Veränderung hierin herbeizuführen.

Creizenach ist hier anderer Meinung[1]). Ausgehend von dem von ihm aufgestellten Grundsatze, daß jeder Posten das Surrogat effektiver Bezahlung des Saldo sei, führt er aus, daß in der Einstellung eine Leistung der unwirksamen Schuld liege: „Wenn ein Geschäft an sich als perfekt zugestanden oder anderweitig bewiesen ist“, folgert er, „so kann der-

[1]) a. a. O. S. 56.

jenige, der daraus Schuldner geworden, nicht in Abrede stellen, daß er seine Schuld aus diesem Geschäft bezahlt hat, sobald der betreffende Debetposten ein Koeffizient des als arithmetisch richtig anerkannten Saldos geworden ist und später andere Versements in sein Kredit eingestellt worden sind .... Es hört mit der vom anderen Teile gebilligten Buchung das Rückforderungsrecht und der Anspruch auf Rückbuchung im Debet des Kontokurrentstellers auf; die rechtliche Wirksamkeit des zugestandenen Geschäfts muß außer Frage bleiben .... Der effektiven Zahlung steht die Debetbuchung gleich, wenn spätere Anschaffungen darauf folgen."

Diese Auffassung ist gekünstelt. Selbst zugegeben, daß die Zahlungen (wenn man einen derartigen Unterschied macht), eine Tilgung bei ihrem Eintritt in den Verband bewirken, können dies doch niemals die Forderungen tun. Bei letzteren kann die Tilgung erst durch die Aufrechnung erfolgen. Weshalb sie sich aber deshalb in Zahlungen verwandeln sollen, weil sie zu einer späteren Aufrechnung bestimmt sind, ist nicht einzusehen. Der Kontokurrentvertrag schließt gerade jede Zahlung oder Tilgung während der Rechnungsperiode aus. Die Bezeichnung „versement" ist auch keine juristisch verständliche. Die Posten bleiben Forderungen, sonst könnten sie nicht aufgerechnet werden. Überdies widerspricht Creizenach sich selbst; denn später (S. 78) sagt er: „Die Kontokurrentposten sind als solche niemals Zahlungen, d. h. Schuldtilgungen, sondern entweder Dispositionen

oder Depositen (versements), und erst, wenn das Verhältnis aufhört, kann von einem eigentlichen Gläubiger und einem eigentlichen Schuldner die Rede sein."

Logischer Weise müßten auch diejenigen, welche den Kontokurrentposten nur die Natur von Rechnungsfaktoren nicht die von Forderungen zuerkennen, ähnliche Schlußfolgerungen ziehen wie Creizenach. Eine Forderung, die der Eigenschaft als solcher entkleidet ist, kann auch nicht mehr ihre unwirksame, rechtliche Natur beibehalten haben. (Sie könnte sogar nicht einmal noviert sein, weil die Novation Umwandlung in eine Forderung ist.) Indessen ziehen die Vertreter dieser Theorie solche Folgen nicht, sondern behandeln alle Posten in Wahrheit als Forderungen.

Eine bei Einstellung erfolgende Novation ändert an der rechtlichen Natur der Forderungen nichts[1]); denn sie macht aus jeder von ihnen nur eine alia obligatio, und diese ist nach den betreffenden Gesetzesbestimmungen[2]) der gleichen Unwirksamkeit unterworfen.

Daraus, daß die unwirksamen Forderungen durch Einstellung keine Veränderung erfahren, ergibt sich das Resultat, daß die unwirksamen Posten jederzeit einseitig aus dem Verband entfernt werden dürfen — gegen die gewöhnlichen Gesetze des Kontokurrentvertrages.

---

[1]) Ausgenommen ein Schuldanerkenntnis bezüglich der Forderung aus § 222 BGB. und ein Schuldanerkenntnisvertrag bezüglich der Forderung aus § 814 BGB. Dies liegt aber in der Einstellung nicht.

[2]) §§ 656, 762, 764 BGB.; §§ 59, 60, 69, 70 BG.

Eine besondere Stellung nehmen hier die verjährten und diejenigen Forderungen ein, mit welchen gegen gewisse andere Forderungen aufgerechnet werden kann. Falls nämlich der Schuldner deren Entfernung bewirkt, ist der Gläubiger berechtigt, auch diejenigen zu entfernen, gegen die Aufrechnung mit ihnen zulässig ist, bezw. denjenigen Teil von ihnen zu entfernen, auf den die Aufrechnung sich erstreckt. Infolge der kontokurrentmäßigen Verrechnungsmethode entfällt dann von jeder aufrechenbaren Gegenforderung ein ihrer Größe im Verhältnis zu der Aufrechnungsforderung entsprechender Teil aus dem Kontokurrentverband, z. B.:

Debet	Credit
4	5
	3

Von der angefochtenen Forderung von 4 würde auf die aufrechenbare Gegenforderung von 5 ein Teil der ersteren Forderung in Höhe von $2^1/_2$, auf die von 3 ein Teil (in der dieser Summe entsprechenden Höhe) von $1^1/_2$ kommen. Es tritt im Falle der Entfernung $2^1/_2$ an die Stelle der 5, $1^1/_2$ an die Stelle der 3[1]).

Diese Restposten müssen stehen bleiben, weil die Aufrechnung sich weiter nicht erstrecken kann und

[1]) In der Praxis geschieht diese Änderung durch Abschreibung von 4 auf jeder Seite. Es muß dies aber juristisch auf die oben angegebene Art geschehen, weil sonst der Saldo zu einem anderen Teile unwirksam sein würde, was falsch wäre.

ein anderer Grund zur Entfernung jener nicht gegeben ist. Die Aufrechnung darf nur in der geschilderten Weise, gegen alle aufrechenbaren Posten vorgenommen werden. Diese dürfen nicht ausgeschieden werden, weil sie wirksam sind. Andererseits darf auch dem zur Aufrechnung Berechtigten nicht das Recht auf diese genommen werden. Dasselbe wird durch den Kontokurrentvertrag nicht gegenstandslos.

Durch die §§ 390 bezw. 222 BGB. und 56 und 58 BG. wird der Kontokurrentgrundsatz, daß nur alle Aktiv- gegen alle Passivforderungen aufgerechnet werden dürfen, teilweise durchbrochen.

Ebenso wird für alle unwirksamen Forderungen der andere Grundsatz durchbrochen, daß sie nicht einseitig aus dem Verbande ausgeschieden werden dürfen.

Dies folgt aus der Unverbindlichkeit der Verpflichtungen, die die Erfüllung der Forderungen zum Gegenstande haben.

Hier ist noch zu beachten, daß manche unwirksamen Forderungen sich während des Laufes der Rechnungsperiode in wirksame verwandeln können. Ein vertragsmäßiges Anerkenntnis, welches über eine verjährte Forderung oder über eine Forderung der Art des § 814 BGB. abgegeben wird, ist gültig und macht dadurch die Forderung ebenfalls zu einer solchen. Das Geschäft zwischen den in § 54 BG. bezeichneten Personen wird dessen Bestimmungen nachträglich dadurch unterworfen, daß die bis dahin nicht bestellte Sicherheit von dem nicht Termingeschäftsfähigen

geleistet wird. Oder beide Parteien erlangen die volle Termingeschäftsfähigkeit und genehmigen die entstandenen Forderungen[1]). In solchen Fällen wird dann die ursprünglich unwirksame Forderung von dem Augenblick an, in dem die Umwandlung eintritt, so angesehen, als wenn sie von Anfang an vollgültig gewesen wäre.

§ 17.

Der Einschuß insbesondere.

Gar keine Beachtung hat bisher der Einschuß bei einem teilweise aus unwirksamen Posten bestehenden Kontokurrentvertrag gefunden.

Die Prüfung seiner rechtlichen Natur gibt ein verschiedenes Resultat, je nachdem man Forderungen und Zahlungen oder nur erstere als im Kontokurrent bestehend, anerkennt.

Ist der Einschuß eine Zahlung, — gleichgültig, ob nur auf eine einzelne wirksame oder unwirksame Forderung oder auf sämtliche Gegenforderungen, — so stellt er einen wirksamen Posten dar; denn die Zahlung wäre eine Tilgung.

Nun könnte man den Einschuß als eine „vorläufige", keine endgültige Zahlung ansehen, sodaß er noch keine Tilgungswirkung besäße. Aber damit ist seine rechtliche Natur nicht erklärt, insonderheit nicht erklärt,

---

[1]) Auch § 57 BG. kommt hier in Betracht: Es war z. B. die Kaufpreisforderung kreditiert als Guthaben des einen Kontrahenten. Der Gegner des Geschäfts, aus dem sie entstanden ist, erklärt sich mit der Leistung einverstanden und der andere leistet effektiv.

welchem Rechtsgrunde er seine Entstehung verdankt. Nur soviel ist klar, daß sein Zweck zum Teil auf die — in späterer Zeit, als er erfolgt, beabsichtigte — Tilgung von unwirksamen Forderungen geht. Man könnte hier etwa an ein Mittelding zwischen Forderung und Leistung denken. Juristisch ist das nicht vorstellbar, indessen auch hier unerheblich; denn jedenfalls müßte er dann unwirksam sein, weil allein die Erfüllung wirksam ist, wenigstens so weit unwirksam, als der Zweck der Tilgung sich auf unwirksame Posten erstreckt.

Aus diesem Dilemma kommt man auch nicht heraus, wenn man Forderungen und Zahlungen unter der Bezeichnung „Rechnungsfaktoren" zusammenfaßt; denn auch darin liegt keine Erklärung. Es zeigt sich hier deutlich, daß der Jurist nur mit Forderungen und Leistungen operieren kann und sich eben für das eine oder andere klar entscheiden muß.

Nach vielen Autoren[1]) ist bei einem „Einschuß" oder einer „Anzahlung" auf ein unwirksames Geschäft zu unterscheiden, ob sie als bloße Sicherheit oder als „Erfüllungsleistung" gegeben ist. Im ersteren Fall wird er dann für unwirksam im zweiten Fall für wirksam erklärt, sofern er „auf Grund" des Geschäfts gegeben ist. Dies könne auch schon vor der Fälligkeit der Schuld geschehen. Es ist aber an den betreffenden Stellen nur von dem gewöhnlichen Einschuß die Rede, nicht von demjenigen im Kontokurrent. Dieser kann,

[1]) Staub, 8. Aufl., Exk. zu § 376, Anm. 13, 67; Neukamp bei Riesser, Comm., Anm. 6 zu § 55; Nußbaum, Anm. IVc zu § 55.

wie bereits auseinandergesetzt ist, keinesfalls als Leistung auf Grund des Geschäfts gelten. Staub betont dies an anderer Stelle[1]) ausdrücklich, indem er sagt, daß im Kontokurrentverkehr Einschüsse keine Erfüllungsleistung seien. Auch aus den Worten Neukamps geht dies klar hervor, da dieser nur eine auf den Kaufpreis für ein bestimmt bezeichnetes Geschäft gerichtete Anzahlung für nicht rückforderbar erklärt. Es könnte daher vom Standpunkt der genannten Schriftsteller aus der Einschuß im Kontokurrent nur als Sicherung angesehen werden[2]). Es wäre jedoch in diesem Falle der Einschuß hinsichtlich des Teils der auf die verjährte sowie alle vollwirksamen Forderungen entfällt, vollwirksam.

Von dem hier vertretenden Standpunkte aus wird durch den Einschuß eine Forderung begründet. Diese rührt aus einer Verbindlichkeit her, die nur zu dem Zwecke begründet worden ist, um eine zum Teil wirksame, zum Teil unwirksame Schuld (die Posten der Passivseite), zu erfüllen. Deshalb ist die Forderung insoweit unwirksam, als sie zur Erfüllung unwirksamer Posten bestimmt ist. Insoweit ist auch die Rückforderung des Einschusses gestattet.

Dies ist nicht nur theoretisch möglich, sondern auch praktisch leicht ausführbar, wie folgendes Beispiel beweisen mag:

Debet	Credit
E. 100	u 200
	w 300

[1]) 8. Aufl., Exk. zu § 376, Nachtrag, Anm. 48.

[2]) A. M. Kahn, Anm. 1. zu § 55, und Trumpler bei Apt, Anm. 2 zu § 55.

Im Debet steht ein Einschuß von 100, auf der Gegenseite ein unwirksamer Posten von 200 und ein wirksamer von 300. Von dem Einschuß entfielen also zwecks Tilgung 40 auf die 200 und 60 auf die 300. Danach ist der Einschuß in Höhe von 40 unwirksam.

Nun ist aber der Einschuß, d. h. die Forderung, welche durch ihn begründet ist, zur Aufrechnung gegen sämtliche Gegenforderungen bestimmt, welche während der betreffenden Rechnungsperiode entstehen. Bei der Feststellung des unwirksamen Teils der Einschußforderung ist also die Gesamtheit der letzteren zu Grunde zu legen. Daher ist die Rückforderung nicht jederzeit zulässig. Sie ist erst dann möglich, wenn es ausgeschlossen ist, daß noch Gegenforderungen entstehen, also erst bei Beendigung der Kontokurrentverbindung, die eventuell durch Kündigung herbeigeführt werden kann.

§ 18.

Die Wirkung der Verrechnung und Feststellung.

In der Festellung liegt ein vertragsmäßiges Anerkenntnis. Ein solches macht die verjährte Forderung, soweit sie noch im Saldo enthalten ist, vollwirksam, und das Gleiche gilt von der Forderung aus § 814 BGB., weil der Anerkenntnisvertrag als „Leistung“ anzusehen ist (§§ 222 und 814, 812 BGB.). Gleichgültig ist hierbei, in welcher Art die Aufrechnung erfolgt und ob noch andere unwirksame Forderungen im Kontokurrent stehen oder nicht.

Für die übrigen unwirksamen Forderungen gilt das nicht, weil auch ein Anerkenntnisvertrag der gleichen Unwirksamkeit unterliegt wie das Hauptgeschäft (§§ 55, 59, 64, 69 BG., 656, 762, 764 BGB.). Deshalb bedarf es einer eingehenden Erörterung darüber, welchen Einfluß die Verrechnung und die Feststellung auf sie ausüben. Hierbei wird zunächst nur der Fall betrachtet, daß sich eine besonders aufrechenbare Forderung im Kontokurrent nicht befindet.

Die Aufrechnung mit einer unwirksamen (nicht aufrechenbaren) Forderung ist nicht gestattet; denn jeder Erfüllungszwang ist vom Gesetz verworfen. Dagegen ist es unbedingt zulässig, gegen eine unwirksame Forderung mit einer anderen dem Aufrechnenden zustehenden wirksamen Forderung aufzurechnen[1]); denn die Aufrechnung ist Erfüllung, nicht nur eine Verpflichtung zwecks Erfüllung. Erfüllung oder Leistung wird nicht allein durch Zahlung bewirkt sondern durch jede materielle Befriedigung, jede Hingabe von Vermögenswerten[2]). Soweit gegen eine unwirksame Forderung aufgerechnet ist, kann irgendwelche Rückgängigmachung nicht beansprucht werden, auch dann nicht, wenn der Leistende nicht gewußt hat, daß er zur Aufrechnung nicht verpflichtet war. „Das . . . . Geleistete kann nicht . . . . zurück-

[1]) vgl. Cosack, HGB., S. 380; Crome, Bd. 2, S. 297; Dernburg, 4. Aufl., Bd. II, Abt. 1, S. 14; 3. Aufl., Bd. II, Abt. 2, S. 168; Oertmann, § 762, Anm. 4b; RG., Bd. 1, S. 129, und Reichsgericht in Jur. Wochenschr. 1896, S. 196.

[2]) vgl. Oertmann, § 762, Anm. 1.

gefordert werden.“ Diese Grundsätze müssen wie für jede andere, so auch für die auf Grund des Kontokurrentvertrages erfolgende Aufrechnung gelten. Was zur Aufrechnung gelangt ist von den unwirksamen Forderungen, ist endgültig getilgt. Hierin herrscht auch kein Streit. Dagegen besteht große Uneinigkeit darüber, inwieweit Aufrechnung gerade der unwirksamen Posten erfolgt ist, inwieweit noch ihre nicht aufgerechneten Reste im Saldo stecken, und welchen Einfluß dies auf die rechtliche Natur der Saldoforderung hat.

Es sind drei Fälle denkbar:

1. Es standen auf der größeren Seite nur eine oder mehrere wirksame Forderungen.

Dann ist die Saldoforderung in vollem Umfange wirksam.

2. Es standen auf der größeren Seite nur eine oder mehrere unwirksame Forderungen.

Hier ist die Saldoforderung in vollem Umfange unwirksam.

In allen Fällen ist es gleichgültig, ob auf der kleineren Seite wirksame oder unwirksame oder beide Arten von Forderungen standen, weil diese jedenfalls durch die Aufrechnung vollständig getilgt sind.

Über all dies ist man einig. Die Schlüsse sind ja auch so klar und folgerichtig, daß ein Zweifel nicht gut erklärlich ist.

Es bleibt nun aber eine dritte Möglichkeit:

3. Auf der größeren Seite standen neben wirksamen auch eine oder mehrere unwirksame Forderungen.

Von welcher Art die aus einem solchen Kontokurrentvertrag hervorgehende Saldoforderung ist, darüber sind die Ansichten sehr geteilt.

Dreierlei ist möglich: Die Saldoforderung kann sein

a) wirksam,

b) unwirksam,

c) teilweise wirksam.

Letztenfalls ist noch die Höhe des wirksamen bezw. unwirksamen Teils zu bestimmen.

§ 19.

Fortsetzung.

Die bisherigen Theorien.

Für völlig wirksam wird die Saldoforderung in einem Urteil des Oberlandesgerichts Breslau erachtet, welches im Bankarchiv Bd. 2, S. 157, wiedergegeben ist. Diese Meinung wurde auch sonst noch in der Praxis geteilt, wie die Entscheidung des Reichsgerichts in Holdheims Monatsschrift Bd. 13, S. 74, zeigt. Das ersterwähnte Gericht schließt aus der besonderen Natur des Kontokurrents, daß der Vorgang des Anerkenntnisses der Saldoziehung anders wirke, als eine gewöhnliche Aufrechnung, in ihm liege die Leistung der unwirksamen Schuld. Das Berufungsgericht in der zweiterwähnten Reichsgerichtsentscheidung meint, die Feststellung des Saldo schließe für die Parteien die Befugnis aus, auf die den einzelnen Posten zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zurückzukommen. Deshalb sei es unerheblich, ob aus Börsentermingeschäften herrührende Posten mit zur Verrechnung gelangt seien.

Es ist richtig, daß die Kontrahenten durch die Begründung der Saldoforderung, welche durch Novation entstanden ist, ein Zurückgreifen auf die ursprünglichen Rechtsverhältnisse unmöglich zu machen wünschen. Dies können sie aber insoweit nicht, als die Unwirksamkeit bestimmter Posten in Frage kommt, weil an dieser auch die Novation gemäß ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nichts zu ändern vermag. Dafür, daß das Saldoanerkenntnis eine andere Wirkung hat als das Anerkenntnis einer gewöhnlichen anderen Forderung, daß es insbesondere die Unwirksamkeit behebt, fehlt es an einem Beweise. Das Gegenteil muß vielmehr daraus geschlossen werden, daß die betreffenden Bestimmungen irgend einen diesbezüglichen Unterschied nicht kennen.

Übrigens ist die Ansicht jetzt wieder von Kahn[1]) aufgenommen worden. Dieser meint, das Anerkenntnis des Saldo stelle eine Leistung im Sinne des § 55 BG. vor. Es fehlt aber jeder Anhalt dafür, daß im Börsengesetz unter „Leistung" etwas anderes zu verstehen sei als im übrigen bürgerlichen Recht. Kahn steht daher auch mit seiner Meinung allein.

Letztere würde übrigens eine — auch von ihren Vertretern zweifellos nicht gewünschte — Folge haben. Wenn nämlich die Passivseite nur aus unwirksamen Forderungen bestanden hätte, wäre die Saldoforderung gleichwohl wirksam, weil nicht mehr auf die früheren Geschäfte zurückgekommen werden darf.

---

[1]) Anm. 4 zu § 56 am Ende.

Auch Regelsberger[1]) hält die Saldoforderung für eine vollwirksame. „Sie könne", sagt er, „ihre materielle Grundlage weder einer der verrechneten Forderungen entnehmen noch allen zusammen. Jenes wäre willkürlich, dieses würde einen rechtlichen unbrauchbaren Mischmasch ergeben." Daher scheitere eine Anfechtung der Saldoforderung an der Unmöglichkeit zu erkennen, welche Posten verrechnet und welche nicht verrechnet seien. Regelsberger stützt sich dabei auch auf Hahn[2]), der gleichfalls ausführt, daß es nicht möglich sei, die causa der Saldoforderung zu bestimmen und aus ihr Momente für die rechtliche Beurteilung abzuleiten. Nach den obigen Darlegungen beruht dies auf falschen Voraussetzungen. Die causa ist erkenntlich geblieben, weil im Saldo die Reste der verrechneten Forderungen sich noch unterscheiden lassen. Unbrauchbar ist das Resultat nicht, weil die Forderung, da sie auf Geld geht, teilbar ist und zwar genau in wirksame und unwirksame Teile zerlegt werden kann. Aber selbst die Tatsache, daß sich solche Feststellung nicht treffen ließe, wäre kein Beweis dafür, daß Regelsberger Recht hat, denn mit ihr könnte man ebensogut die entgegengesetzte Ansicht begründen: Weil nicht erkennbar ist, wieweit unwirksame Forderungen im Saldo stecken, deshalb ist er gänzlich unwirksam.

Augenscheinlich den gleichen Gedanken wie Regelsberger folgt ein bei Bolze, Bd. 19, S. 425, auf-

[1]) Iherings Jahrb. für die Dogmatik, Bd. 46, S. 17.

[2]) Kommentar zum HGB., § 1 zu Art. 291.

gezeichnetes Urteil des Reichsgerichts, welches besagt, daß der Saldo nur dann erfolgreich angefochten werden könne, wenn sämtliche Passivposten auf Naturalforderungen beruhten.

Von Verschiedenen wird auch behauptet, daß die gleiche Ansicht von Lehmann-Ring verfochten werde. Was jedoch an der betreffenden Stelle über die Frage gesagt ist[1]), dürfte richtiger Meinung nach nur so aufgefaßt werden, daß eine Anfechtung des Saldo für möglich erklärt wird, soweit in ihm noch unwirksame Posten stecken. Inwieweit dies der Fall ist, darauf ist garnicht eingegangen.

Als in ihrem vollen Umfange unwirksam bezeichnen die Saldoforderung Düringer-Hachenburg[2]), sie begründen dies damit, daß letztere nicht wirksam anerkannt sei. Die Feststellung könne nicht für den wirksamen Teil gelten und für den anderen nicht, weil nicht die Einzelposten sondern ein „auf diesen sich aufbauendes Ergebnis" anerkannt werde. (Dagegen sei die Aufrechnung unanfechtbar. Danach könne weder der

[1]) Nr. 30 zu § 355: „Einreden gegenüber der Saldoklage können sich auf Mängel der einzelnen Posten nur insoweit stützen, als nicht in der Aufrechnung eine Tilgung, in der Anerkennung ein Verzicht auf deren Geltendmachung zu erblicken ist. So würde die Einrede der Verjährung eines Postens, des Spieles, der Wette, des Differenzgeschäfts nach BGB., §§ 222, 762, 764, insoweit nicht mehr zulässig sein, als die Leistung auf Grund dieser in der Aufrechnung erfolgt ist ..... Wäre dagegen ein einzelner Schuldposten schlechthin nichtig, so könnte auch die Anerkennung die Nichtigkeit nicht teilen."

[2]) § 355, Nr. 10, Anm. 3.

Saldogläubiger die Erfüllung der Saldoforderung erzwingen, noch auch der Saldoschuldner etwa verlangen, daß die Aufrechnung rückgängig gemacht werde.)

Ähnlich drückt sich Makower in der früheren Auflage[1]) aus: Mit dem Anerkenntnis verpflichte sich der Schuldner zur Erfüllung einer unwirksamen Schuld, auch wenn es sich nicht auf diese allein, sondern zugleich auf andere erstrecke. Da also die Saldoforderung auf einem unverbindlichen Anerkenntnisse beruhe, sei sie ebenfalls unverbindlich. Die Aufrechnung dagegen sei gültig erfolgt, weil sie eine Leistung sei[2]).

Auch das Reichsgericht spricht sich in einem Urteil (bei Bolze Bd. 17 S. 482) für die Unwirksamkeit der Saldoforderung aus. Es erklärt dieses den Saldo für anfechtbar, wenn nur eine einzige Post auf einem unwirksamen Geschäft beruhe. Diese Entscheidung steht in conträrem Gegensatz zu der oben S. 98 angeführten.

Aus den eben erörterten Auffassungen ergeben sich Folgen, welche als außerordentlich hart erscheinen müssen. Wenn auf der Passivseite neben lauter vollgültigen nur ein einziger unwirksamer Posten in Höhe von 1 Mark steht, dagegen sich auf der Aktivseite nur unwirksame Forderungen befinden und der Saldo eine Million beträgt, so ist er unwirksam und

---

[1]) 12. Aufl., § 355, Note 3g[2].

[2]) Die Ansicht Düringer-Hachenburgs ist von Regelsberger (Iherings Jahrb., Bd. 46, S. 1 ff.) falsch aufgefaßt. Sie bezieht sich nicht nur auf den Fall, daß sämtliche Passivposten auf ungültigen Geschäften beruhen.

kann nicht eingeklagt werden. Gegen die Ansicht ist dasselbe zu sagen wie gegen die vorhergehende; in der Saldoforderung sind nur teilweise unwirksame Forderungen vorhanden. Also ist sie nur teilweise ungültig. Die Teile sind erkennbar, auch ist die Teilung möglich.

Für teilweise unwirksam, nämlich, soweit in ihr noch unwirksame Forderungen stecken, erklärt Mohr die Saldoforderung[1]). Er sagt aber nichts darüber, wie dieser Teil festzustellen sei. Aus der Mohr'schen Theorie ergibt sich als Folge, daß eine Saldoforderung, in welcher unwirksame Forderungen zur Verrechnung gelangt sind, sowohl wirksam wie unwirksam wie auch teilweise wirksam sein kann. Nach der in ihr angewandten Rechnungsmethode (Staffelrechnung) ist es möglich, daß unwirksame Posten vollständig durch Aufrechnung getilgt sind. Z. B. im folgenden Falle:

Debet	Credit
10	u 20
u 30	60
70	80
u 60	u 50

Auf der Aktivseite stehen die Posten 10, 30, 70, 60, von denen 30 und 60 aus unwirksamen Geschäften stammen, auf der Passivseite die Posten 20, 60, 80, 50, von denen 20 und 50 unwirksam sind. Diese treten in der Reihenfolge Debet 10, Credit 20, Credit 60,

[1]) S. 115.

Debet 30, Credit 80, Debet 70, Debet 60, Credit 50 in die Skala. Sie zeigt dann dies Bild:

d 10 g
c 20 u

c 10 u
c 60 g

c 70 g = 60, u = 10
d 30 u

c 40 g · 34,3, u = 5,7
c 80 g

c 120 g 114,3, u = 5,7
d 70 g

c 50 g = 47,6, u = 2,4
d 60 u

d 10 u
c 50 u

c 40 u.

Es wird hier stets die neu eintretende Forderung mit der ersten, die in der Skala steht, bezw. mit dem, in ihr stets bestehenden Saldo aufgerechnet. Alles was dem letzten Saldo vorhergeht, ist bereits während der Periode erloschen. Stehen (wie in obigem Beispiel) vor der letzten Verrechnung eine gültige Debetforderung von 10 und eine neu eingetretene ungültige Kreditforderung von 20 sich gegenüber, so ist der daraus resultierende Kreditsaldo von 10 ein ungültiger Posten. Tritt hierzu auf der Kreditseite der Posten von 60, so erhöht sich der Saldo um diesen. Der neue Saldo ist dann in Höhe von 60 gültig, in Höhe

von 10 ungültig. Solange auf der Gegenseite keine Forderung eintritt, die an Höhe den Saldo überragt, so daß er sich in einen Debetsaldo verwandelte, bleibt er nun immer in einer bestimmten Höhe unwirksam. Diese verändert sich stets beim Eintritt einer Debetforderung, weil von dieser bei der Aufrechnung auch auf den ungültigen Teil ein seiner Größe entsprechendes Stück fallen muß. Um also festzustellen, inwieweit die Saldoforderung wirksam ist, muß bis zu dem Punkte der Rechnung zurückgegangen werden, wo der Saldo vollwirksam oder vollunwirksam war, eventuell bis auf den Anfang der ganzen Geschäftsbeziehung. Mohr selbst ist auf die Schwierigkeit, die hierin liegt, nicht eingegangen. Er scheint sie wohl nicht erkannt zu haben.

Daß die Mohrsche Theorie mit den Grundregeln des Kontokurrents, insbesondere nicht mit den §§ 355 und 356 HGB. vereinbar ist, ist bereits eingehend nachgewiesen worden.

Die Redaktion des Bankarchiv[1]) vertritt die Ansicht, daß die Saldoforderung teilweise wirksam sei, nämlich soweit sie die Reste der wirksamen Posten in sich schließt. Diese werden in folgender Weise festgestellt: Es werden zunächst alle unwirksamen Posten ausgeschieden und untereinander aufgerechnet. Die hieraus sich ergebende Differenz wird, je nachdem sie eine Schuld des einen oder anderen Kontrahenten ausmacht, als Aktiv- oder Passivposten eingestellt, und danach die Aktivseite verhältnismäßig, wie oben

[1]) Bankarchiv, Bd. 4, S. 177.

geschildert, auf die Passivseite verrechnet. Die genannte Redaktion stützt sich auf das Urteil des Berufungsgerichts in der an gleicher Stelle angeführten Reichsgerichtsentscheidung.

Eine ähnliche Konstruktion ist in neuester Zeit von Bacmeister entworfen worden. Dieser will derart verrechnet wissen, daß ebenfalls in der gleichen Weise die unwirksamen und wirksamen Posten unter sich aufgerechnet und deren Salden als Kredit- bezw. Debetposten eingestellt und verrechnet werden[1]).

Aus beiden Konstruktionen folgt:

Die Saldoforderung ist in vollem Umfange wirksam, wenn die Aufrechnung der unwirksamen Forderungen einen Aktivsaldo des Saldoschuldners ergibt, weil durch die nachfolgende Aufrechnung der Saldi die Naturalforderungen getilgt sind[2]).

Ergibt sich aus der Verrechnung der unwirksamen Posten ein Passivsaldo für den Saldoschuldner, dagegen aus der Verrechnung der wirksamen ein Aktivsaldo für ihn und übersteigt jener diesen letzteren, so ist die Saldoforderung in vollem Umfange unwirksam.

Ergeben sich sowohl aus der Verrechnung der unwirksamen als auch der wirksamen Posten für den Saldoschuldner Passivsaldi, so ist die Saldoforderung

---

[1]) Ähnlichkeit hiermit hat die Begründung des Berufungsgerichts in der Entscheidung des Reichsgerichts, Jur. Wochenschr., Jahrg. 34, S. 186 f.

[2]) Naturgemäß muß hier zugleich aus den wirksamen Posten dem Saldoschuldner ein Passivsaldo entstehen. — Ferner muß der Passivsaldo des Schuldners stets größer sein als sein Aktivsaldo.

teilweise unwirksam, nämlich bis zur Höhe des unwirksamen Passivsaldos, im übrigen wirksam.

Zur Erläuterung sei auf ein ähnliches wie das bereits angegebene Beispiel zurückgegriffen.

Debet	Credit
10	u 20
u 30	40
50	90
u 60	u 50
150	200
	Saldo 50.

Die Gesamtsumme der unwirksamen Debetposten beträgt 90, die Gesamtsumme der unwirksamen Kreditposten 70. Also ergeben sie gegeneinander verrechnet einen Aktivsaldo von 20. Ebenso ergibt die Gesamtsumme der wirksamen Debetposten (von 60) bei der Aufrechnung gegen die Gesamtsumme der wirksamen Kreditposten (von 130) einen Passivsaldo von 70. Aus der jetzt folgenden Verrechnung des Aktivsaldos gegen den Passivsaldo kann, da der erstere voll getilgt ist, nur eine wirksame Forderung hervorgehen, weil sie den Rest einer wirksamen Forderung bildet.

Würde das obige Beispiel umgekehrt, so daß die als wirksam bezeichneten Posten unwirksame und die unwirksamen wirksame wären, so wäre der aus der Verrechnung der wirksamen und unwirksamen Posten unter sich hervorgehende Debetsaldo von 20 wirksam, der Kreditsaldo von 70 unwirksam; folglich ist auch die Saldoforderung als Rest des letzteren in ganzem Umfange unwirksam.

Tauschte man im ersten Falle die unwirksamen Forderungen der Aktivseite gegen diejenigen der Passivseite aus, so entstände dem Saldoschuldner bei der Verrechnung der wirksamen und unwirksamen Posten unter sich aus den wirksamen Posten ein Passivsaldo von 70 und aus den unwirksamen ein Passivsaldo von 20. Die Saldoforderung (welche 90 betägt) ist in Höhe von 70 wirksam, in Höhe von 20 unwirksam.

Beide Konstruktionen stehen im Widerspruche mit dem Inhalt des Kontokurrentvertrages. Nach diesem hat die Verrechnung sämtlicher Aktivforderungen gegen sämtliche Passivforderungen gleichzeitig und gleichmäßig zu erfolgen, und zwar aller gegen alle. Deswegen ist es unstatthaft, bestimmte Posten gegen bestimmte andere Posten aufzurechnen. Da das Gesetz für unwirksame Forderungen keine Sondervorschriften gibt, dürfen solche auch nicht in den Vertrag hineingelegt werden. Mit Recht wirft daher das Reichsgericht in seiner oben erwähnten Entscheidung[1]) dieser Konstruktion vor, daß hier das Gericht selbständig eine Verrechnung vorgenommen habe, während es nur seine Aufgabe gewesen sei, zu ermitteln, in welcher Weise die Kontrahenten verrechnet hätten.

Auf diesen Punkt legt die Theorie von Danz das Hauptgewicht[2]), welche die Lösung der Frage durch die Klarstellung des Willens der Parteien herbei-

[1]) Bankarchiv, Bd. 4, S. 177.

[2]) a. a. O.

zuführen sucht. Danz geht davon aus, daß jene trotz des Kontokurrentvertrages eine besondere Art der Aufrechnung vereinbaren dürften, weil die kontokurrentmäßige Verrechnung kein zwingendes Recht sei. Den weiteren Beweis führt er an folgendem Beispiel:

Im Kontokurrent stehen im Kredit eine unwirksame Forderung von 100 000, im Debet eine unwirksame von 90 000 und eine wirksame von 60 000.

Wenn der Saldogläubiger nun den Auszug übersende, so deute er damit, daß er als Saldoforderung 50 000 bezeichne, zugleich an, daß die 100 000 zunächst auf die 90 000 und der Rest auf die 60 000 verrechnet werden solle; denn er wolle eine klagbare Forderung haben. Diese Offerte nehme der andere Teil dadurch, daß er keinen Einspruch gegen die Richtigkeit des Auszuges erhebe, an. Durch die Offerte und Annahme sei dann der dem Willen des Übersenders entsprechende Aufrechnungsvertrag zustande gekommen.

Heilbrunn[1]) hat bereits eingehend und überzeugend nachgewiesen, daß es in vielen Fällen nicht möglich ist, auch mittels derartiger Verrechnungsmethoden eine vollgültige Saldoforderung zu erzielen, indem er Danz ein anderes Beispiel entgegensetzt:

Auf der Aktivseite stehen 100 000, auf der Passivseite ein ungültiger Posten von 120 000 und ein gültiger von 30 000.

---

[1]) a. a. O.

Hier sei jedenfalls, führt Heilbrunn aus, ein Teil des 50000 betragenden Saldos nicht einklagbar, nach der Danzschen Methode 20000. Ein Aufrechnungsvertrag der oben bezeichneten Art könnte nicht als Wille der Parteien hier anzunehmen sein, weil er eine klagbare Forderung von 50000 nicht hervorzubringen vermöchte. Man müßte evtl. jetzt eine andere Annahme machen, etwa dahin, daß die Kontrahenten ein für den Saldogläubiger möglichst günstiges Resultat hätten erzielen wollen. Diese Interpretation sei aber höchst willkürlich. Sie wäre allein durch die Berufung auf § 366 BGB. zu rechtfertigen, jedoch halte Danz selbst dessen Anwendung im Kontokurrent für unzulässig.

Dieser Gegenbeweis läßt sich schwerlich widerlegen. Dazu kommt noch folgendes: Wenn die Danzsche Interpretation des angeblichen Aufrechnungsvertrages richtig ist, so müßten die Kontokurrentisten genaue Kenntnis der juristischen Natur des Kontokurrentvertrages, insbesondere der Verrechnung besitzen. Das trifft aber in der Praxis so gut wie niemals zu. Vielmehr verrechnen für gewöhnlich die Parteien einfach so, daß sie auf beiden Seiten die Posten addieren und die erhaltenen Gesamtsummen gegeneinander aufrechnen. Sie glauben auch, daß in dieser Weise die Tilgung eintrete und die Saldoforderung mit den ursprünglichen Forderungen nichts mehr zu tun habe. Der Gläubiger weiß vielfach garnicht, daß die Saldoforderung einen rechtsunwirksamen Charakter erhalten kann, oder er weiß

dies zwar, glaubt jedoch, daß der andere sich nicht darauf berufen werde. Es folgt also schon daraus, daß ohne ausdrückliche Abrede die Danzsche Verrechnungsweise als nicht gewollt anzusehen ist.

Heilbrunn hat bei seinem Gegenbeweise die Voraussetzung Danz's daß die Parteien noch am Schluß der Periode (bei Übersendung des Auszuges) eine andere als die kontokurrentmäßige Art der Aufrechnung vereinbaren dürften, ebenfalls als richtig angenommen. Diese Voraussetzung ist unzutreffend. Aus dem Inhalt des § 355 ergibt sich, daß die Verrechnung im Kontokurrent nur in der Weise erfolgen darf, wie sie oben S. 70 ff. dargelegt ist. Anderenfalls entspräche der Vertrag nicht den Erfordernissen des § 355 HGB. und wäre deshalb nicht mehr als ein Kontokurrentvertrag, sondern höchstens als ein dem Kontokurrent ähnlicher Vertrag anzusehen. Der Kontokurrentvertrag wäre mit seinen sämtlichen Folgen aufgehoben. Es tritt dann z. B. das Verbot des Anatocismus (§ 248 BGB.), welches durch § 355 HGB. nur für den eigentlichen Kontokurrentvertrag aufgehoben ist, wieder in Kraft, § 356 und § 357 HGB. finden auf den neuen Vertrag keine Anwendung.

Nach dem Prinzipe der Vertragsfreiheit steht den Parteien nichts im Wege, die Verrechnung so vorzunehmen, wie Danz es ausführt, nur liegt in einer derartigen Vereinbarung der Aufhebung des Kontokurrentvertrages. Diese darf aber nur angenommen werden, wenn eine diesbezügliche Willensmeinung beider Kontrahenten deutlich zum Ausdruck gelangt.

Sie darf nicht als etwas gewissermaßen Selbstverständliches angesehen werden, sobald unwirksame Forderungen im Kontokurrent stehen.

§ 20.

Fortsetzung.

Die Trumpler'sche Theorie.

Im Band 50 der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht“[1]) versucht Trumpler die Frage in folgender Weise zu lösen:

In der Aufrechnung, welche laut Kontokurrentvertrag erfolge, liege eine wirksame Leistung der unwirksamen Schulden, soweit diese von ihr ergriffen würden. Es würde mit dem Wesen des Kontokurrentvertrages als eines Kreditvertrages nicht vereinbar sein, wenn die einzelnen Aktivposten gegen die einzelnen Passivposten der Reihe nach aufgerechnet würden. Vielmehr sei jeder einzelne Posten bis zum Ende der Rechnungsperiode gestundet. Daraus folge, daß jeder Posten der Passivseite verhältnismäßig aufgerechnet sei. „Soweit“, fährt Trumpler fort, „der nicht aufgerechnete Rest der unwirksamen Schulden und deren Kontokurrentzinsen in dem Passivsaldo erscheinen, ist eine Leistung zur Erfüllung der unwirksamen Schulden nicht bewirkt, folglich stellt sich das Anerkenntnis des Passivsaldos insoweit als unwirksames Schuldanerkenntnis heraus.“

Danach ist die Saldoforderung, ganz gleichgültig in welchem Verhältnis die unwirksamen Aktiv- zu den

[1]) S. 488 ff.

unwirksamen Passivposten stehen, oder wie die wirksamen zu den unwirksamen Posten überhaupt sich verhalten, in jedem Falle zu einem Teile unwirksam. Dieser Teil wird lediglich durch das Verhältnis der Gesamtsumme der Aktivposten zu der Gesamtsumme der Passivposten bestimmt. Jeder unwirksame Passivposten ist infolge der verhältnismäßigen Verrechnung im Verhältnis der Aktivseite zur Passivseite (genau ausgedrückt: im Verhältnis der Summe der Werteinheiten der Aktivseite zu der Summe der Werteinheiten der Passivseite) getilgt. Nicht getilgt ist er im Verhältnis der um die Aktivseite verminderten Passivseite zur ganzen Passivseite. In Höhe der Summe dieser letzteren nicht getilgten Teile der Passivforderungen ist die Saldoforderung unwirksam.

Das oben S. 105 angewandte Beispiel zeigt dann folgendes Resultat: Die unwirksamen Passivposten 20 und 50 sind durch die Aufrechnung erloschen in Höhe von $\frac{150}{200} = {}^3/_4$, also zu 15 bezw. 37,5. Nicht getilgt sind sie in Höhe von $\frac{200—150}{200} = {}^1/_4$, also zu 5 bezw. 12,5. Diese letzteren Posten stecken im Saldo von 50. Dieser ist mithin unwirksam in Höhe von 17,5, wirksam in Höhe von 32,50.

Dieser Ansicht hat sich im wesentlichen das Reichsgericht angeschlossen, nur leitet dies die verhältnismäßige Verrechnung aus § 366 BGB. ab. Ihm sind weiter gefolgt Staub in der 8. Auflage und Makower in der 13. Auflage. Verteidigt wird die Theorie auch

von Weissbart[1]). Andererseits ist sie nicht allein von den Interessenten im Bankgewerbe sondern auch von verschiedenen Juristen angegriffen worden, nämlich Regelsberger, Heilbrunn, Danz und Cosack[2]).

Regelsberger wirft dem Reichsgericht und Trumpler in erster Linie vor, daß sie eine Verrechnung der Einzelposten vornähmen, was dem Kontokurrent widerspräche. Aufgerechnet würden nur die Abschlußsummenforderungen der Aktiv- und Passivseite.

Daß die Gesamtforderungen nicht Aufrechnungsfaktoren sind, ist bereits eingehend bewiesen. Eine Verrechnung der Einzelposten findet, wenn Regelsberger etwa hiermit eine solche nach der Theorie von Thöl meint, (das ist anscheinend der Fall), nicht statt; denn es werden nicht ein Posten gegen den anderen sondern alle Aktivposten gegen alle Passivposten, also die Gesamtheit jener gegen die Gesamtheit dieser aufgerechnet, wie es dem Kontokurrentvertrag entspricht. Regelsberger gibt nun aber zu, daß auch durch die Novationen, die nach seiner Meinung bei der Bildung der Abschlußsummen entstehen, diese nicht in vollem Umfange wirksam zu machen vermögen, weil sich tatsächlich keine Begründung dafür finden läßt. Infolgedessen stellt er folgende Berechnung an:

---

[1]) In Jur. Wochenschrift 1905, S. 311 ff.

[2]) Regelsberger in Iherings Jahrb., Bd. 49: „Über den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung", S. 407 ff.; Heilbrunn a. a. O.; Danz a. a. O.; Cosack, Lehrb. d. HR., 7. Aufl., S. 335 f.

Die Passivseite ist zu einem bestimmten Teile unwirksam, nämlich im Verhältnis der Gesamtheit der unwirksamen Posten der Passivseite zu den gesamten Passivposten. Infolgedessen muß auch ihr Rest, die Saldoforderung im selben Verhältnis unwirksam sein. Dies ist in Wahrheit genau die gleiche Berechnung, wie sie Trumpler und das Reichsgericht vornehmen, nur daß Regelsberger erst die unwirksamen Passivposten zusammenzieht[1]), das Reichsgericht und Trumpler aber sie bei der Verrechnung getrennt lassen. Dies beweist das mehrfach angewandte Zahlenbeispiel:

Nach der Rechnung des Reichsgerichts betrug der unwirksame Teil des Saldo:

$$20 \cdot \frac{(200 - 150)}{200} + 50 \cdot \frac{(200 - 150)}{200},$$

nach der Regelsbergers

$$\frac{(20 + 50)}{200} \cdot 50.$$

Klammert man in der ersten Zahlenreihe (200—150), (dies ist die Saldoforderung, die durch Subtraktion der Aktiv- von der Passivseite entstanden ist), und die 200, im Nenner aus, so erhält man:

$$\frac{20 + 50}{200} \cdot (200 - 150).$$

Regelsberger rechnet also die Aktivposten erst auf die wirksamen, dann auf die unwirksamen nach ihrem Verhältnis zur Aktivseite auf.

---

[1]) Obwohl er selbst solche Teilung für unrichtig erklärt!

Regelsberger und Danz[1]) meinen, daß die Reichsgerichtstheorie auch gegen den Rechtssatz, daß Verträge nach Treu und Glauben auszulegen seien (§ 157 BGB.), verstieße. Der Saldogläubiger verrechne kontokurrentmäßig in der Meinung, daß der andere bezahlen werde, dieser setze sich nachher über Treu und Glauben hinweg und weigere dies. Es ist nicht notwendig, hier zu untersuchen, was „Treu und Glauben" bedeutet; denn, wenn irgendwo, so liegt hier ein Verstoß gegen Treu und Glauben vor, wo doch der Schuldner den Saldo anfechten kann trotz ausdrücklicher Anerkennung, trotzdem sich der Gegner darauf verlassen hat, daß er die Unwirksamkeit nicht gelten machen werde, trotzdem jener womöglich nur im Vertrauen auf ein dahingehendes Versprechen des Schuldners den Kontokurrentvertrag eingegangen ist. „Die bona fides verlangt", wie Dernburg zutreffend sagt[2]), „Festhalten am Vereinbarten, sie fordert aber auch eine Deutung, wonach das Festhalten nicht für den einen Teil zum Fallstrick wird", und das wird es hier zweifellos.

Aber es ist die Frage, ob der Grundsatz von Treu und Glauben in dem vorliegenden Falle Anwendung finden kann. Stammler[3]) hält ihn allerdings für das oberste Prinzip des BGB. An ihm müßten erst alle

---

[1]) Regelsberger, Iherings Jahrbuch, Bd. 49, S. 407 ff., Danz a. a. O.

[2]) Pandekten, Bd. 1, S. 288.

[3]) Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 36 ff.

konkreten Rechtssätze in jedem Einzelfalle gemessen werden und sie zessierten, wenn sie ein Treu und Glauben verletzendes Resultat zeitigten. Trotzdem kann, auch wenn man dieser sehr weitgehenden Theorie folgte, der Satz von Treu und Glauben nicht Platz greifen, die §§ 762, 764, 656, 222 BGB. und die §§ 52, 55, 59, 64, 69 BG. verstießen dann stets gegen Treu und Glauben. Sie enthalten einen zweiseitigen Vertrag, laut welchem derjenige, der auf Grund des betreffenden Geschäfts Schuldner wird, die Schuld zu zahlen verspricht und doch trotz dieses Versprechens solches nicht zu tun braucht. Die Bestimmungen wären also zwecklos. Da dies nicht angenommen werden kann, ist nur möglich, daß der Gesetzgeber den Grundsatz von Treu und Glauben aufgehoben hat, soweit er die erwähnten Rechtsverhältnisse betreffen würde. Die Aufhebung hat ihren Grund darin, daß der ethische Zweck, die Gefahr des Spiels zu mildern, dem Gesetz höher stand als der andere ethische Zweck, die Ehrlichkeit im Verkehr zu wahren, und dieser letzte Zweck den ersteren ausschließt.

Der Kontokurrentvertrag ist in diesem Sinne nichts weiter als eine Verbindlichkeit, die zwecks Erfüllung einer unwirksamen Schuld eingegangen ist, und seine gesetzmäßigen Folgen können deshalb nicht gegen Treu und Glauben verstoßen.

Vielfach ist ferner gegen die Reichsgerichtstheorie die Einrede der arglistigen Täuschung geltend gemacht worden. Diese Frage ist auch strafrechtlich untersucht worden. Gegen die Einrede sprechen dieselben Gründe

wie gegen die Anwendung des § 157 BGB. Mit ihr würden sämtliche Bestimmungen, aus welchen unwirksame Forderungen entspringen, hinfällig. Sie könnten überdies dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Saldoschuldner erst nach erfolgter Saldoziehung Kenntnis von der Unwirksamkeit erhält.

Danz[1]) gestattet dem Saldogläubiger im Falle der Ungültigkeit der Saldoforderung, die Verrechnung wegen Irrtums anzufechten. Nach dem Gesetz ist dies zulässig, wenn der die Willenserklärung Abgebende hierbei über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte, falls anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde (§ 119 BGB.). Danz muß seiner Konstruktion nach auch logischerweise die Anfechtung wegen Irrtums zulassen, weil er ja dem Übersender des Kontokurrentauszuges durch die Übersendung die Offerte zu einer von den sonstigen Gepflogenheiten abweichenden Verrechnungsart machen läßt. Jener wollte eine Erklärung des Inhalts, daß kontokurrentmäßig aufgerechnet werden solle, nicht abgeben. Daß er bei Kenntnis der Sachlage als verständiger Mann nicht so verrechnet haben würde, daß er seine wirksamen Forderungen zur Tilgung von unwirksamen Forderungen des Gegners hingibt und dafür eine zum Teil klaglose Saldoforderung erhält, ist schlechterdings nicht anzunehmen.

---

[1]) a. a. O.

Solche Anfechtung ist aber gegenüber der reichsgerichtlichen Konstruktion nicht am Platze. Der Saldogläubiger hat hiernach die Erklärung abgegeben, daß er einen Kontokurrentvertrag des Inhalts schließen wolle, wie er auch tatsächlich zustande gekommen ist. Er hat erklärt (entweder bei Vertragsschluß oder später), daß neben wirksamen auch unwirksame Forderungen, und eventuell welche, Glieder des Verbandes werden sollten. Er hat eine Verrechnungserklärung abgegeben, nach welcher in der Weise verrechnet werden sollte, wie es der Kontokurrentvertrag verlangt.

Er hat auch wirklich so verrechnen wollen.

Es sind in Wahrheit nur folgende Möglichkeiten vorhanden:

Der Saldogläubiger ist durch die Erwartung, daß der Gegner die Unwirksamkeit nicht geltend machen werde, zum Abschluß des Kontokurrentvertrages bezw. zur Abgabe der Verrechnungserklärung bestimmt worden. Dies wäre Irrtum im Beweggrunde.

Oder der Saldogläubiger hat geglaubt, infolge der Verrechnung oder Feststellung würde die Saldoforderung gültig. Dies wäre ein Irrtum über die Rechtsfolgen der Erklärung.

In beiden Fällen ist eine Anfechtung aus § 119 BGB. nicht gegeben[1]).

Heilbrunn (a. a. O. S. 228) wendet gegen die Reichsgerichtstheorie ein, daß in ihr ein Verstoß gegen

[1]) vgl. Planck § 119, RG. Bd. 51, S. 281.

den Zweck des Gesetzes liege. Es werde durch sie ein Zwang zur Erfüllung einer unwirksamen Schuld herbeigeführt, den die betreffenden Gesetzesvorschriften gerade unmöglich machen wollten. Auch andere, z. B. Regelsberger (Iherings Jahrbuch, Bd. 49 a. a. O.), erhebt den gleichen Vorwurf. Letzterer ist keineswegs berechtigt. Das Reichsgericht hat nirgends den Satz aufgestellt, daß die unwirksamen Schulden aufgerechnet werden müßten. Es hat insbesondere nicht einmal erklärt, daß die verhältnismäßige Verrechnung ius cogens sei. Die Konstruktion des Reichsgerichts verhindert nicht, daß der Saldogläubiger sich weigert, gegen die unwirksamen Forderungen des Gegners aufzurechnen. Nur weil er dies einmal getan hat und alle von der Aufrechnung ergriffenen Forderungen durch Leistung getilgt sind, können sie insoweit, als die Tilgung sich erstreckt, eine Rechtswirkung nicht mehr äußern. Der Saldogläubiger war zur Aufrechnung der unwirksamen Forderungen nicht gezwungen, aber er hat dies freiwillig getan. In solchem Falle ist es gleichgültig, ob er benachteiligt wird, während der Gegner nur Vorteile zieht. Denn der Zweck des Gesetzes ist es nicht, wie man aus Heilbrunns Worten entnehmen müßte, den Verlierer vor Spielschulden zu schützen, im Gegenteil, das Gesetz schützt sogar den Gewinner im Besitze des Spielgewinns und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er im Verlustfalle gleichfalls die Spielschulden bezahlt hätte. Der Zweck des Gesetzes geht nur dahin, die zwangs-

weise Eintreibung von unwirksamen Schulden zu verhindern. Das ist nicht geschehen.

Weissbart (a. a. O.), der im übrigen die Reichsgerichtstheorie verteidigt, gibt dem Saldogläubiger eine exceptio doli generalis, die allgemeine Einrede der Arglist, welche seiner Meinung nach die aus jener Entscheidung entstehenden Unbilligkeiten in den praktisch am meisten in Betracht kommenden Fällen beseitigt. Wenn beim Börsentermingeschäft, folgert er, der Schuldner sich weigere, den Saldo zu bezahlen, so könne der Gläubiger die gelieferten Wertpapiere oder Waren zurückfordern, weil der vereinbarte Kaufpreis nicht bezahlt sei und der Schuldner deshalb keinen Anspruch auf die Lieferung gehabt hätte. Ebenso, wenn der Schuldner die gekauften Stücke wieder an den Gläubiger zurückverkaufe, müsse er auch an diesen liefern. Im Falle der Lieferung erhalte er von diesem den vollen vereinbarten Kaufpreis durch das Aufgehen der Forderung in der Verrechnung bezahlt.

Lieferung sei nur beiderseits dann nicht erforderlich, wenn der Schuldner die Aktien zu fordern hätte, er also den Kaufpreis bezahlte, was nicht geschehen sei. Allerdings könne nun auch der Schuldner einwenden, daß er seine Schulden zu Unrecht verrechnet habe, weil er die Wertpapiere zurückgeben müsse, und er könne die Wiederherstellung seiner sämtlichen Forderungen beanspruchen. Damit falle dann die ganze Verrechnung zusammen.

Diese exceptio doli generalis trifft nur den weitaus am wenigsten vorkommenden Fall, daß tatsächliche

Lieferung beabsichtigt ist oder daß sie mindestens wahlweise neben Differenzzahlung vereinbart ist. Sie ist wirkungslos da, wo letztere von vornherein Gegenstand des Geschäfts war. Und doch liegt im ersten Fall dem Geschäft genau derselbe Charakter zu Grunde. Nach dem neuen Börsengesetz, welches einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung zwischen dem reinen Differenzgeschäft und dem gewöhnlichen Termingeschäft im offiziellen Terminhandel nicht macht, ist die von Weissbart gebrachte Hülfe ziemlich bedeutungslos. Regelsberger und Heilbrunn[1]) fechten die reichsgerichtliche Theorie noch an einer anderen Stelle an, auf welche sie das Hauptgewicht ihrer Ausführungen legen.

Regelsberger gibt jetzt, wie oben erwähnt, im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung zu, daß die verhältnismäßige Verrechnung der Passivposten mit den Aktivposten an und für sich richtig sei. Indessen stehe trotzdem einer teilweisen Gültigkeit der Saldoforderung § 139 BGB. entgegen. Es sei ein Teil des Abrechnungsgeschäfts, das Anerkenntnis, nichtig, (im weiteren Sinne = unwirksam), folglich sei das ganze Geschäft nichtig. Das Abrechnungsgeschäft sei zwar juristisch besehen in mehrere Rechtsgeschäfte gegliedert, jedoch seien diese „durch die Einheit des Ziels zu einem Ganzen verbunden und das Abrechnungsgeschäft bilde auch juristisch eine Einheit". „Mehr noch als für die juristische Betrachtung", fährt Regelsberger

[1]) Regelsberger, Iherings Jahrbuch, Bd. 49, a. a. O. und Heilbrunn a. a. O.

fort, „ist das Abrechnungsgeschäft eine Einheit in der Auffassung der Parteien, denen die rechtliche Sondereigenschaft der einzelnen Vorgänge nicht zum Bewußtsein kommt. Daß aber die gewollte Abhängigkeit unter mehreren Rechtsgeschäften einen rechtlichen Zusammenhang herstelle, hat das Reichsgericht selbst in einer verwandten Anwendung anerkannt und daraus eine ähnliche Folge gezogen, wie sie hier vertreten wird.“ Regelsberger verweist hier auf die Entscheidung Bd. 57, S. 96 (Nr. 22). Aus den eben angegebenen Erwägungen heraus zieht er den Schluß, daß die Verrechnung unter Streichung der unwirksamen Forderungen noch einmal vorzunehmen sei.

Den gleichen Standpunkt vertrat früher Staub in der 6. und 7. Auflage[1]). Dieser hielt ebenfalls infolge der Aufrechnung und des Anerkenntnisses die Saldoforderung an sich für insoweit unanfechtbar, als in ihr die Reste der gültigen Posten steckten, aber er äußert dann weiter, der heilenden Wirkung, welche die Aufrechnung auf den erloschenen Teil der unwirksamen Forderungen ausübe, setze § 139 BGB. ein Hindernis entgegen: Wenn auch der eine Teil der (das Rechtsgeschäft bildenden) Saldofeststellung, das Anerkenntnis, nicht imstande sei, die unwirksamen Forderungen wirksam zu machen, während der andere Teil, die Aufrechnung, solche Kraft besitze, so sei doch meist nicht anzunehmen, daß die Aufrechnungserklärung ohne das Anerkenntnis abgegeben wäre.

[1]) § 355 Anm. 31 zus. mit Exkurs zu § 376, Anm. 15. Jetzt hat sich Staub in der 8. Aufl. dem Reichsgericht angeschlossen.

Diese Ansicht haben Trumpler und das Reichsgericht[1]) ausdrücklich abgelehnt, indem sie nach wie vor den Standpunkt vertreten, daß Anerkenntnis und Aufrechnung nicht Teile eines Rechtsgeschäfts, sondern besondere, von einander unabhängige Rechtsgeschäfte seien.

Dagegen tritt Heilbrunn (a. a. O. S. 232) für die Anwendung des § 139 BGB. ein. Er begründet dies aber anders als Staub und Regelsberger:

Wenn A dem B, mit dem er einen Kontokurrentvertrag abgeschlossen habe, einen Kontokurrentauszug übersende, so liege darin nicht ein unbedingtes, selbständiges Anerkenntnis seiner Debetposten, sondern er erkenne die beiderseitigen Verpflichtungen und Leistungen an und fordere gleichzeitig den anderen Teil auf, seinerseits die entsprechende Gegenerklärung abzugeben. Es liege in der Übersendung eine einheitliche Vertragsofferte, die den Zweck habe, eine neue Forderung entstehen zu lassen. Der Vertrag, und damit die Forderung, kämen zustande mit der Abgabe der Gegenerklärung des B, die in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Anerkennung des Auszuges enthalten sei. Danach liege ein einheitlicher novatorischer Akt vor, die Parteien wollten das Zurückkommen auf einzelne Forderungen dadurch ausschließen, daß sie an ihre Stelle eine neue Forderung setzten. Es werde eine neue Grundlage geschaffen, aus der ein selbständiger Klagegrund erwachse. „Diese vertrags-

[1]) Trumpler, a. a. O., RG., Bd. 56, S. 24.

mäßige Novation", sagt dann Heilbrunn wörtlich, die sich aus wechselseitigen Anerkenntnissen und Verrechnung der gegenseitigen Leistungen und Forderungen zusammensetzt, ist ein einheitliches Rechtsgeschäft, das einen gegenseitigen Vertrag darstellt und das erst mit der Anerkennung des Saldoschuldners perfekt wird. Daraus folgt, daß nicht das Anerkenntnis des Schuldners als abstraktes Rechtsgeschäft aus dem Nexus der Rechtshandlungen losgelöst werden darf. Es bildet ein Glied in der Kette des Novationsvertrags, und dieser steht und fällt mit der Gültigkeit des Anerkenntnisses . . . . A will seine klagbaren Ansprüche nicht durch klaglose Ansprüche des B tilgen lassen . . . . Seine Aufrechnung ist nach seinem Willen bedingt durch die Gültigkeit der Gegenleistung des B." Schließlich argumentiert er: Selbst dann, wenn Verrechnung und Anerkenntnis zwei selbständige Rechtsgeschäfte seien, so sei doch das eine von dem anderen infolge der Bedingtheit des Aufrechnungsvertrags von der Gültigkeit des Anerkenntnisses abhängig. Daher seien sie als ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB. anzusehen. Heilbrunn stützt sich ebenso wie Regelsberger auf die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 57, S. 96.

Alle drei Begründungen sind nicht beweiskräftig. Den Kernpunkt der Regelsberger'schen Ausführungen bildet „die Einheit des Ziels" und das Bewußtsein dieser Einheit bei den Parteien. Dies sind aber nicht viel mehr als bloße Behauptungen. Die Einheit des Ziels genügt nicht, um die Einheitlichkeit mehrerer Rechtsgeschäfte und ihren rechtlichen Zusammenhang

zu beweisen. Wenn jemand z. B. sich das Ziel gesteckt hat, ein Grundstück zu erwerben, so muß er dazu eine ganze Reihe von Rechtsgeschäften schließen (wie Hypothekenlöschungen, Kauf, Hypothekeneintragungen usw.) und doch wird hier unmöglich angenommen werden, daß diese Rechtsgeschäfte eine Einheit, ein Rechtsgeschäft bildeten. Daß Verrechnung und Anerkenntnis auch juristisch eine Einheit darstellten, behauptet Regelsberger zwar, läßt es jedoch an einem Beweise fehlen. Davon hängt aber alles ab, wie nachher noch dargetan werden wird. Auch daß die Rechtsgeschäfte von den Parteien als Einheit betrachtet werden, könnte durchaus bestritten werden. Deshalb ist auch hier ein Beweis vonnöten.

Vor allem aber muß gerade aus Regelsbergers früheren Darlegungen[1]), auf denen er seine Behauptung aufbaut, geschlossen werden, daß Verrechnung und Anerkenntnis selbständige, von einander unabhängige Rechtsgeschäfte seien. Nach seiner Meinung sind nämlich die Anerkenntnisse der Debet- und Kreditseite — welche nach seiner Konstruktion die Bestandteile der Saldofeststellung bilden — von einander unabhängig und jedes für sich selbständig. Er betont sogar mit besonderem Nachdruck, daß der Empfänger des Auszuges sich auf das Anerkenntnis des Gegners auch dann berufen könne, wenn er selbst seine Debetposten nicht anerkenne, weil das erstere ohne Rücksicht auf das letztere gegeben sei. Wenn also schon

[1]) Iherings Jahrbuch, Bd. 46, S. 1 ff.

diese Rechtsgeschäfte, wird man unbedingt folgern müssen, unabhängig von einander sind, um wieviel mehr ist dies bei Anerkenntnis und Verrechnung der Fall, vor allem aber gerade bei Regelsbergers Konstruktion. Nach dieser ist nämlich dasselbe Anerkenntnis nicht notwendig novatorisch, sondern begründet im allgemeinen nur eine Forderung, die akzessorisch neben die Saldoforderung tritt. Letztere ist bereits durch das Anerkenntnis der Passivseite anerkannt. Dies aber soll doch selbständig und unabhängig sein, keinen unselbständigen Teil bilden; es soll selbständig geltend gemacht werden können, falls die Verrechnung nicht zustande kommt.

Staub redet zwar von „Geschäften", gibt aber einen Grund dafür, weshalb auf diese § 139 BGB., der doch nur von einem Geschäft spricht, Anwendung finden darf, nicht an.

Heilbrunns Ausführungen beruhen zum großen Teil auf falschen Voraussetzungen. Zunächst kann man „Leistungen" nicht „anerkennen", ebensowenig eigene Forderungen, sondern nur Forderungen des Gegners zusammen mit den ihnen entsprechenden eigenen Verpflichtungen zur Leistung. Der den Kontokurrentauszug Übersendende kann demnach nur seine Debetposten anerkennen und an den Gegner die Aufforderung zur Annahme dieses Anerkenntnisses und Abgabe des entsprechenden über dessen Debetposten richten. Es werden demnach nicht ein, sondern zwei Anerkenntnisverträge geschlossen. Die Offerte ist

keine „einheitliche“. Damit wird ein wichtiger Punkt in Heilbrunns Beweisführung hinfällig.

Unklar ist ferner bei Heilbrunn, welches Anerkenntnis er meint. Er redet zuerst von den Anerkenntnissen beider Seiten vor der Verrechnung, später nur von dem des Saldo, welches nach der Verrechnung erfolgt. Beides muß genau auseinander gehalten werden. Das Reichsgericht und Trumpler sprechen in ihrer Abweisung der Staub'schen Theorie nur von dem Saldoanerkenntnis, nicht von dem der Gesamtforderungen, ebenso auch Regelsberger in seinen letzterwähnten Ausführungen.

Weiter führt Heilbrunn aus, daß der Aufrechnungsvertrag bedingt sei durch die Gültigkeit des Anerkenntnisses. Nach § 388 BGB. ist die Aufrechnungserklärung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung abgegeben wird. Es ist also eine Aufrechnung überhaupt nicht erfolgt, wenn sie nicht unbedingt vorgenommen ist. Infolgedessen ist nicht der eine Teil des Rechtsgeschäfts gültig und der andere nichtig, sondern es sind beide nichtig. Hiermit ist eine Berufung auf § 139 BGB. gegenstandslos.

Endlich versagt auch bei Regelsberger und Heilbrunn die Berufung auf die von ihnen angeführte Reichsgerichtsentscheidung. In dieser handelt es sich um den Zusammenhang des obligatorischen Vertrages mit dem ihm entsprechenden dinglichen, ohne welchen der erstere überhaupt keinen Sinn und Zweck hat. Dies ist doch etwas anderes als bei Geschäften, die

für sich allein sehr wohl Zweck und Sinn haben können.

Die Reichsgerichtstheorie ist aber noch von einem anderen Gesichtspunkte aus angreifbar, nämlich § 366 BGB. Wenn sie diesen anwendet, um daraus die Verrechnung herzuleiten, so müssen die unwirksamen Forderungen als die „weniger sicheren" zuerst aufgerechnet werden. Dies macht auch die Revision in der betreffenden Sache geltend[1]). Das Reichsgericht weist jedoch solche Deduktionen mit den Worten zurück: „Diese Ansicht verkennt, daß für die Verrechnung im Kontokurrent die einzelnen Posten lediglich Rechnungsfaktoren und als solche gleichwertig sind." Hier erkennt man deutlich, welche Inkonsequenz darin liegt, daß das Reichsgericht vor der Verrechnung überhaupt weder Forderungen kennt noch eine Unterscheidung zwischen unwirksamen und wirksamen Posten zuläßt, dagegen nach der Verrechnung plötzlich in den Resten der unwirksamen Posten sowohl ihre Natur als Forderung als auch insbesondere ihre Unwirksamkeit wieder aufleben läßt.

Es sind nun zwar bei einem Kontokurrentverhältnis, dessen Gegenstand nur wirksame Forderungen bilden, sämtliche Posten als gleich sicher im Sinne des § 366 anzusehen; denn die Möglichkeit der Befriedigung aus den Forderungen ist sowohl vor wie nach der Verrechnung die gleiche. Aber dies gilt nicht

---

[1]) Die gleiche Ansicht vertritt auch Cosack, Lehrb. d. HR., 7. Aufl., S. 335 f.

für ein Kontokurrentverhältnis, das auch unwirksame Forderungen einbegreift. Die unwirksamen Forderungen können jederzeit aus dem Kontokurrent zurückgezogen werden und sie sind ferner nicht ebenso leicht realisierbar als die anderen. Auch nach der Verrechnung besteht derselbe Unterschied in der Sicherheit der wirksamen und unwirksamen Posten fort. In der Saldoforderung erscheinen die Reste der letzteren und selbige bleiben ebenso schlecht realisierbar als sie es vorher in der Forderung waren, während die Reste der wirksamen ebensogut realisierbar bleiben, wie sie es ebenfalls vorher waren. Es behalten also beide Arten von Forderungen den gleichen Charakter. Tritt nun die Novation durch die Saldofeststellung ein, so erhält der Gläubiger einen gut realisierbaren Ersatz für die wirksamen, einen schlecht realisierbaren Ersatz für die unwirksamen. Er kann also die unwirksamen schwer, die wirksamen gut eintreiben. Das ist gerade das, was mit dem Unterschied zwischen sicher und weniger sicher gemeint ist. Demgemäß muß also die Verrechnung nach § 366 zuerst auf die unwirksamen Forderungen erfolgen, wenn § 366 — was aber unrichtig ist, — Anwendung finden sollte.

§ 21.

Resultat.

Wenn man sich vergegenwärtigt, was oben über die Verrechnung im Kontokurrent gesagt ist, so ist klar, daß sie allein auf § 355 HGB. zu begründen ist.

Dieser allein gibt demgemäß die Antwort auf die Frage, in welcher Weise die Unwirksamkeit der Saldoforderung festzustellen ist, und in welcher Weise die Unwirksamkeit von Posten die Saldoforderung beeinflußt. Nach dem Inhalt des Vertrages und des § 355 insbesondere sollen sämtliche Aktivposten sämtliche Passivposten tilgen. Dies kann nur so geschehen, daß jeder Aktivposten gegen jeden Passivposten im Verhältnis seiner Größe aufgerechnet wird. Die Verrechnung kann deshalb nur so erfolgen, weil alle Forderungen gleichmäßig behandelt werden müssen. Danach kann kein Passivposten, also auch kein unwirksamer Passivposten, durch die Aufrechnung völlig getilgt werden. Soweit er nicht getilgt ist, erscheint er in der Saldoforderung, welche sich aus den ungetilgten Teilen sämtlicher Passivposten zusammensetzt. Die einzelnen Teile des Saldo sind genau kenntlich, von einander unterscheidbar und trennbar. Es läßt sich also auch genau feststellen, welche von ihnen die Reste unwirksamer Posten bilden. In der Höhe der Gesamtheit dieser Reste muß die Saldoforderung unwirksam, im übrigen wirksam sein. Daran kann eine Novation nichts ändern, weil sie unverbindliche Forderungen nicht verbindlich zu machen vermag.

Allen Theorien also, welche eine andere Verrechnungsart, oder dann, wenn der Kontokurrent unwirksame Forderungen enthält, eine Ausnahme von der kontokurrentmäßigen Verrechnungsart statuieren wollen, steht § 355 HGB. deshalb entgegen, weil er eine andere Verrechnungsmethode nicht zuläßt und

alle Rechtsgeschäfte (ob sie wirksam oder unwirksam sind) gleich behandelt.

Desgleichen scheitern an § 355 HGB. alle Auffassungen, welche eine völlige Wirksamkeit oder völlige Unwirsamkeit der Saldoforderung verfechten, weil der Grund für beide allein in der Unmöglichkeit der Feststellung ihres unwirksamen Teils liegen kann und dieser Grund durch die verhältnismäßige Verrechnung gleichfalls fortfällt.

Die Begründungen Staubs, Regelsbergers und Heilbrunns, die den § 139 BGB. zu Hülfe nehmen, leiden an erheblichen Konstruktionsfehlern, welche ihnen die Beweiskraft nehmen.

Mit allen bisherigen Theorien ist also ein anderes Ergebnis, als es die Reichsgerichtstheorie liefert, nicht herbeizuführen, trotzdem diese selbst auf unrichtigen Grundlagen beruht.

Es wäre aber doch bedauerlich, wenn jene der „Weißheit letzter Schluß“ wäre, um mit Regelsberger zu reden. Das wird in weiten Kreisen empfunden; denn ihre Folgen sind nichts weniger als zufriedenstellend. Das lehrt ein kurzer Blick auf letztere:

Wenn die Gesamtheit der unwirksamen Aktivposten des Saldoschuldners die Gesamtheit seiner unwirksamen Passivposten an Höhe übersteigt, er also aus den unwirksamen Geschäften insgesamt sogar Gewinn erzielt hat, so erhält er für seine ungültigen Forderungen vollen Ersatz, zum Teil sogar durch wirksame Posten des anderen Teils. Trotzdem

darf er die Bezahlung seiner viel geringeren ungültigen Schulden verweigern.

Daß dies mit dem Rechtsgefühl nicht in Einklang steht, liegt auf der Hand. Auch das Reichsgericht verschließt sich dieser Erkenntnis nicht, aber es ist der Meinung, daß das Börsengesetz (es handelte sich bei dem zur Entscheidung stehenden Fall speziell um Börsentermingeschäfte) die Kontrahenten absichtlich mit derartigen Nachteilen bedrohe. Dies ist, wie oben dargelegt, vom Standpunkte des Reichsgerichts aus richtig.

Ferner ergibt sich folgende große Schwierigkeit: Die Kontokurrentisten stehen bereits lange Zeit in einem Kontokurrentverhältnis, welches auch unwirksame Geschäfte umfaßt. Der Saldo ist jedesmal auf neue Rechnung vorgetragen, ohne daß er je angefochten wäre. Nun geschieht dies bei der letzten Saldierung. Um festzustellen, wie weit die Unwirksamkeit des letzten Saldo reicht, muß bis auf den Beginn derjenigen Rechnungsperiode zurückgegangen werden, in welcher unwirksame Forderungen in ihren Resten noch im Saldo enthalten waren, d. h. unter Umständen bis auf den Anfang der ganzen Verbindung. Das ist praktisch häufig gar nicht möglich. Es wäre hier ähnlich, wie es oben an der Mohrschen Theorie gezeigt wurde. Jedoch sind die Konsequenzen nicht entscheidend für die Auslegung des Vertrages, wenn diese den Gesetzen entspricht, wogegen bisher kein Beweis erbracht ist. Der Richter hat lediglich

auszusprechen, was Recht ist, nicht was besseres Recht wäre.

Daß all diese Erscheinungen im Widerspruch mit dem Willen der Parteien stehen, bedarf keiner Ausführung, und es ist wirklich schwer, sich vorzustellen, daß der Gesetzgeber mit dem Kontokurrentvertrag derartige Folgen verbunden haben soll, obgleich er diesen gesetzlich nur so lose als möglich gefügt und absichtlich dem Parteiwillen ein möglichst weites Feld zur Betätigung hat offen lassen wollen. Die Berufung auf die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben usw. muß versagen, wie die Untersuchung lehrt. Ein Weg aber, der zu einem erwünschten und mit dem Rechtsgefühl im Einklange stehenden Ziele führen könnte, ist noch nicht genügend erforscht worden. Das ist der, den Staub zuerst beschritten, aber nicht fortgesetzt hat, und den auch Regelsberger und Heilbrunn zu gehen versucht haben, ohne daß ihnen dies gelungen ist. Es ist der Weg, auf welchen § 139 BGB. hinweist. Seine Bestimmungen bieten die letzte und einzige Hülfe, um dem Buchstaben des Gesetzes gegenüber, wenn er Unbilligkeiten herbeiführt, dem Willen der Parteien zum Zwecke der Beseitigung jener zum Durchbruch zu verhelfen.

Den oben genannten Schriftstellern ist ihr Beweis in erster Linie deshalb mißlungen, weil sie zum Ausgangspunkt nicht den Anfang des Weges gewählt haben. Deshalb wird hier nun die Untersuchung an

einem anderen Ende begonnen werden, wodurch sie mehr Erfolg verspricht:

Das Rechtsgeschäft, welches gemäß § 139 BGB. „nichtig“ ist, weil ein Teil, ohne den es nicht vorgenommen worden wäre, nichtig ist, ist nicht die Abrechnung bezw. Saldofeststellung, sondern der Kontokurrentvertrag im Ganzen.

§ 139 lautet wörtlich:

„Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.“

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob diese Bestimmung auf den vorliegenden Fall Anwendung finden kann, weil es sich ja hier nicht um „Nichtigkeit“, sondern nur um „Unwirksamkeit“ des Geschäfts handelt. (Die Gleichstellung — oder ungefähre Gleichstellung — beider ist oben, im Gegensatz zu Hellwig und Siber, ausdrücklich bekämpft worden.) Das BGB. gebraucht nun an dieser Stelle den Ausdruck „nichtig“ vor allem im Gegensatz zu „anfechtbar“. Man vergleiche zu diesem Zwecke § 139 mit § 142 und 143. „Nichtig“ ist ein Geschäft, welches die gewollte Rechtswirkung nicht hervorzubringen vermag, „anfechtbar“ ein solches, bei welchem sie zwar eintritt, aber durch den Willen des zur Anfechtung Berechtigten beseitigt werden kann. Die erste Art von Geschäften umfaßt daher sowohl diejenigen Geschäfte, welche überhaupt keine Rechtswirkung, als auch diejenigen,

welche nur eine beschränkte Rechtswirkung äußern, denn in beiden Fällen ist sie nicht die gewollte.

Des weiteren ist zu prüfen, ob der Kontokurrentvertrag „ein Rechtsgeschäft“ ist. „Rechtsgeschäfte sind“, nach der bekannten Definition Dernburgs[1]) „Willenserklärungen zur Ordnung der Rechtsverhältnisse des Erklärenden.“ Von einer Willenserklärung kann hier nun aber schwerlich die Rede sein. Solche könnte höchstens lauten: „Ich will einen Kontokurrentvertrag schließen.“ Daraus wäre aber nicht genügend zu entnehmen, worauf der Wille geht; denn es ist nicht klar, was der Erklärende darunter versteht, zumal der Ausdruck „Kontokurrentvertrag“ auch für Verträge gebraucht wird, welche gesetzlich keine Kontokurrentverträge sind. Die Willenserklärung reicht also zum Zustandekommen des Vertrages nicht aus. Die Parteien müssen vielmehr mindestens folgende Erklärungen abgeben (natürlich auch stillschweigend):

1. „Alle . . . oder die und die Forderungen . . . unserer Geschäftsverbindung sollen, falls sie zur Entstehung gelangen, Posten des Kontokurrents werden.
2. Diese Forderungen sollen bis zu dem und dem Zeitpunkte gestundet werden.
3. Zu diesem Zeitpunkte sollen sie gegeneinander aufgerechnet werden.
4. Der danach noch bleibende Rest der Forderungen soll zu einer neuen Forderung konstituiert werden.“

[1]) Pandekten Bd. 1, S. 210.

Nach anderer Auffassung sind sogar noch mehr Willenserklärungen erforderlich. Jedenfalls aber — darauf kommt es hier an — ist ohne diese vier Erklärungen überhaupt jeder Kontokurrentvertrag unmöglich. Mag es nun möglicherweise richtig sein, daß ein Rechtsgeschäft auch aus mehreren Willenserklärungen auf beiden Seiten bestehen kann, so wäre es sicherlich doch in diesem Falle verfehlt, wollte man behaupten, daß die vier Willenserklärungen ein einziges Rechtsgeschäft bildeten. Dem stehen nicht nur das juristische Empfinden, sondern auch markante Tatsachen entgegen. Stundung, Aufrechnungs- und Anerkenntnisvertrag kommen nicht nur in der Praxis als selbständige Rechtsgeschäfte vor, sondern die beiden letzten sind als solche (selbständige Rechtsgeschäfte) in den §§ 387 ff. bezw. 781, 782 BGB. besonders geregelt worden.

Der Kontokurrentvertrag begreift also in sich mindestens 4 verschiedene Rechtsgeschäfte. Mithin ist er dem Wortlaute des § 139 nach nicht „ein" Rechtsgeschäft. Indessen ist glücklicherweise damit noch nicht der Weg zu Ende; denn „scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem".

Die vier Willenserklärungen sind durch eine Willenserklärung zusammengefügt, welche den Inhalt hat, daß die Rechtsgeschäfte zu einer wirtschaftlichen Operation vereinigt werden sollen. Es ist also auch diese Hauptwillenserklärung (wenn man so sagen darf), zur Ordnung von Rechtsverhältnissen bestimmt. Deshalb ist der ganze Kontokurrentvertrag ein Rechtsgeschäft.

Da er wieder in andere Rechtsgeschäfte zerfällt, ist er zwar kein einfaches, aber ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Ob ein solches unter § 139 fallen kann, bildet den nächsten Punkt der Untersuchung.

Die Motive zum BGB. (S. 222) reden an dieser Stelle von einem „sich als einheitlich darstellenden Rechtsgeschäft". Da nun ein einzelnes nicht zusammengesetztes Rechtsgeschäft ohnehin sich stets als einheitlich darstellt, muß aus den Worten der Denkschrift geschlossen werden, daß sie sagen will, § 139 beziehe sich auch auf ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Dernburg und Enneccerus[1]) nehmen an, daß § 139 nicht nur dann anzuwenden sei, wenn es sich um ein einheitliches Geschäft handele, sondern auch dann, wenn mehrere Geschäfte derartig zu einem Ganzen verbunden seien, daß sie nur als ein Ganzes gewollt erscheinen.

Das verwirft Riezler[2]). Er führt aus, daß der Ausdruck „Rechtsgeschäft" im § 139 nicht dasselbe bedeuten solle wie „Willenserklärung", sondern darunter der Gesamttatbestand, der mehrere inhaltlich zusammengehörige Willenserklärungen enthalten könne, zu verstehen sei. Es sei nun aber — was teilweise Schwierigkeiten mache, — zu unterscheiden, ob mehrere in einem Zusammenhang stehende Willenserklärungen überhaupt als ein einheitliches Rechtsgeschäft auf-

---

[1]) Dernburg, 3. Aufl., Bd. 1, S. 399; Enneccerus und Lehmann, Das Bürgerliche Recht, S. 244; Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, S. 479.

[2]) Bei Staudinger, Kommentar zum BGB., § 139, Nr. 3.

zufassen seien oder ob eine Mehrheit von Rechtsgeschäften vorliege. Letzterenfalls käme § 139 überhaupt nicht in Betracht. Um festzustellen, ob das Rechtsgeschäft noch als einheitlich anzusehen sei, müsse man „nicht so sehr auf die Einheitlichkeit der juristischen Konstruktion des Geschäfts, als vielmehr auf die Einheitlichkeit und Zusammengehörigkeit der von der Partei mit den Willenserklärungen verfolgten wirtschaftlichen und sonstigen Zwecke“ sehen.

Allen diesen Auffassungen liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Ausdruck „Rechtsgeschäft“ extensiv interpretiert werden muß und nicht ganz wörtlich zu nehmen ist. Die richtige Lösung der Frage ergibt am besten eine Betrachtung des Zweckes des § 139: Mit ihm hat der Gesetzgeber die Einheitlichkeit des wirtschaftlichen Willens der Kontrahenten gegenüber dem Buchstaben des Gesetzes schützen wollen. Er hat nicht gewollt, daß durch eine gemeinschaftliche Operation der eine Teil auf Kosten des anderen und gegen dessen Willen und Absicht einen rechtlichen Vorteil erreiche, ohne jenem ein entsprechendes Äquivalent zu geben. Diejenige Operation, welche nur als ganze einen den Interessen beider Parteien entsprechenden Erfolg herbeizuführen vermag, darf deshalb auch nur als ganze Bestand haben. Ihre einzelnen Teile sind für sich genommen für die eine Geschäftspartei mindestens entweder ohne Bedeutung oder widerstreiten ihren Interessen. Da der Gesetzgeber hier also in erster Linie den wirtschaftlichen Zweck, den die Parteien verfolgen, im Auge hat, so ist es von untergeordneter

Bedeutung, ob die Operation auch juristisch-technisch ein einziges Rechtsgeschäft bildet oder sich aus mehreren solchen zusammensetzt. Mit dem Wort „Rechtsgeschäft“ soll nur die Verbindung der Teile zu einem zusammenhängenden juristischen Gebilde, welches den Charakter eines Rechtsgeschäfts trägt, bezeichnet werden. Es muß also ferner zu der wirtschaftlichen auch eine juristische Verbindung der Geschäfte treten. Geschäfte, welche wirtschaftlich verbunden sind, sind darum nicht immer auch juristisch verbunden. Mehrere Kaufgeschäfte z. B., die unter denselben Personen spielen, haben gar keine juristische, wohl aber eine wirtschaftliche Beziehung zu einander, wenn der Käufer durch die Güte der einen Ware zur Abnahme der anderen bestimmt ist. Ebenso sei auch auf das Beispiel oben S. 124 bezüglich Kauf eines Grundstücks verwiesen. Ein juristischer Zusammenhang ist nur dann gegeben, wenn sich in den Abreden der Parteien Merkmale erkennen lassen, die eine mehr oder weniger große rechtliche Abhängigkeit des einen Teils der Geschäftsoperation von dem anderen (nicht bloß eine rechtliche Beziehung des einen zu dem anderen), als bewußt und gewollt erscheinen lassen.

Die Teilrechtsgeschäfte müssen also sowohl eine juristische, als auch eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Beides trifft auch im Kontokurrentvertrag zu.

Das der Kontokurrentvertrag als eine juristische und wirtschaftliche Einheit in Praxis und Literatur bewußt oder unbewußt angesehen wird, läßt sich durch eine Unzahl von Stellen belegen, aus denen nur ganz kurz die

Äußerungen der berufensten Kenner herausgegriffen werden sollen:

Schon Creizenach[1]) redet ständig, fast auf jeder Seite, von einem „Geschäftskomplex", einer „Geschäftseinheit". Lehmann-Ring[2]) bezeichnen den Kontokurrentvertrag als eine „auf die Dauer berechnete Beziehung zwischen zwei Personen, kraft deren diese mit einander Geschäfte eingehen", und führen ferner aus, daß „die Parteien sich dahin verpflichten, daß jene auf Grund desselben ein ungetrenntes Ganze bilden". Eine „Einheit", eine „untrennbare Einheit", nennen Staub und Cosack[3]) die Verbindung. Letzterer stellt sie sogar als den ersten Zweck des Kontokurrents hin. Ebenso ist er in den Augen Dernburgs ein „einheitliches Rechtsverhältnis"[4]).

Als ein „einheitliches Ganzes", „eine untrennbare fortlaufende Reihe", eine „rechtlich untrennbare Verbindung von Rechnungsfaktoren" erscheint er dem Reichsoberhandelsgericht[5]).

Das Appellationsgericht Leipzig hat sogar erklärt, daß die einzelnen Gegenstände und Leistungen als ein Vertragsobjekt anzusehen seien[6]). Auch bei Creizenach dringt dieser sehr weitgehende Gedanke einmal durch,

---

[1]) z. B. a. a. O. S. 13, 33, 40, 41.

[2]) a. a. O. § 355—57, Nr. 3 und 10.

[3]) Staub, Anm. 29 zu § 355; Cosack, Lehrb. d. HR., 6. Aufl., S. 306; 7. Aufl., S. 331.

[4]) Bürgerliches Recht, 3. Aufl., Bd. 2, § 236, 4.

[5]) Bd. 11, S. 276; Bd. 6, S. 306; Bd. 3, S. 149.

[6]) In ROHG., Bd. 3, S. 146.

indem er (S. 14) sich dahin äußert, daß alle einzelnen in den Kontokurrentnexus eingetretenen Geschäfte „als ein einziges in Gemäßheit des Kontokurrentvertrages abgeschlossenes und danach zu beurteilendes Gesamtgeschäft erscheinen".

Andere, welche nicht ganz so weit gehen, erkennen immerhin an, daß die Posten auf jeder Seite ein Ganzes bilden, wie das Reichsgericht[1]), Lehmann[2]) und Gareis[3]). Der letztgenannte sagt wörtlich: „Alle im Laufe einer Rechnungsperiode entstandenen, nicht besonders ausgenommenen Forderungen des einen gegen den anderen werden als eine einzige Forderung, alle derselben Zeit angehörigen Schulden des einen gegenüber dem anderen im Verhältnis zu diesem als eine einzige Schuld behandelt, sodaß folglich das Soll wie das Haben eines jeden — jedes — als ein unteilbares Ganze erscheint." Zum Schluß sei noch als besonders charakteristisch die betreffende Stelle aus den Motiven des preußischen Entwurfes zum HGB. S. 158 zitiert: „Halten die Parteien eine solche (sc. laufende Rechnung), so hören die einzelnen Geschäfte auf, vereinzelt zu sein. Jeder Teil besorgt für den anderen eine Reihe von Geschäften, die häufig ineinandergreifen, und deren Sonderung oft gar nicht möglich, jedenfalls aber nach der Ansicht der Kontrahenten unzulässig ist, welche den gesamten Geschäfts-

[1]) Entsch., Bd. 10, S. 53.

[2]) Lehrb. d. Handelsr., S. 774 u. 777.

[3]) Das deutsche Handelsrecht, 6. Aufl., S. 738, und 8. Aufl., S. 579.

verkehr als ein zusammenhängendes Ganze auffassen, dessen Resultat erst im Schlußsaldo in die Erscheinung tritt".

Die Überzeugung vieler Schriftsteller und Praktiker von der Einheit des Kontokurrents geht aber auch indirekt aus zahlreichen Ansichten, Äußerungen und Konstruktionen hervor, die sich mit ihm befassen. Das ist z. B. der Fall, wenn Grünhut[1]) den Kontokurrent ein „juristisches Gefäß" nennt, oder französische und italienische Juristen ihn mit dem Ausdruck „Schmelztiegel" bezeichnen. Ferner deutet darauf die Tatsache hin, daß viele Autoren[2]) nur der Abrechnung im Kontokurrent eine andere Kraft beilegen wie der gewöhnlichen laufenden Rechnung. Das gleiche Gefühl haben auch diejenigen, welche für die Novation, sei es bei Einstellung oder später, eintreten. Allenthalben dringt der Gedanke durch, daß alles zusammengehöre.

Überall wird ausdrücklich und mit Betonung erklärt, daß der Kontokurrentvertrag eine einheitliche wirtschaftliche Operation sei, daß er ein geschlossenes Ganze bilde und als geschlossenes Ganze gewollt sei. Damit kann nur eine juristische Einheit gemeint sein.

Die wirtschaftliche und juristische Einheit läßt sich klar nachweisen.

Die erstere zeigt am besten ein Blick auf die Entstehung des Kontokurrentvertrages:

---

[1]) Das Recht des Kontokurrentverkehrs.

[2]) Regelsberger in Iherings Jahrb., Bd. 46, S. 18, und die dort angegebene Literatur; Staub, 8. Aufl., Anm. 2 u. 4 zu § 355, Anm. 5 zu Exk. zu § 357; Greber, S. 133.

Der Kontokurrentvertrag ist aus dem Abrechnungsvertrag unter Kaufleuten entstanden, die sich in dauernder Geschäftsverbindung miteinander befanden. Die Kaufleute haben nun stets — seit Alters her — solche Verbindung als etwas Zusammenhängendes aufgefaßt. Der Kaufmann will (oder hat wenigstens die Absicht, dies zu tun), mit dem Geschäftsfreund dauernd, möglichst sein ganzes Leben lang in Geschäftsverbindung bleiben. Vielfach vererbt sich sogar die Geschäftsfreundschaft auf die Nachkommen. Deshalb ist ja gerade dem Kaufmann weniger an der alsbaldigen Leistung der Gegenseite gelegen als am Bestehenbleiben der Verbindung, welches ihn fast mehr interessiert als die einzelne Forderung. Bietet jene ihm doch die nötige Sicherheit für diese. So ist es durchaus natürlich, daß er überhaupt bei jedem Geschäft Rücksicht auf die Verbindung, die Gesamtheit aller, nimmt. Er schließt alle Geschäfte mit dem Geschäftsfreund in Berücksichtigung des „jeweiligen Standes ihrer Beziehungen“ ab, wie Greber richtig bemerkt. Sehr viele würden ohne jede Verbindung überhaupt nicht entstehen wegen der Befürchtung der Partei, keine Zahlung zu erhalten, wofür eben der Kontokurrentvertrag eine Garantie bietet. Es sieht also der Kaufmann bei dem Zustandekommen jedes neuen Geschäfts auf die Kette der bereits abgeschlossenen und evtl. noch abzuschließenden Geschäfte. Das neue, das einzelne, Geschäft ist nur ein Glied in dieser Kette. Das eine ist mit den anderen wirtschaftlich verbunden, weil es ihnen seine Entstehung verdankt,

weil es nur in Rücksicht auf sie und nur im Zusammenhange mit ihnen entstanden ist.

Diese wirtschaftliche Einheit des kaufmännischen Verkehrs ist schon sehr früh von den Juristen und der Gesetzgebung anerkannt worden, schon ehe es einen Kontokurrentvertrag, der seinen Gipfelpunkt ausmacht, gab. Das geht z. B. bereits aus einem Statut der Stadt Genua, im Mittelalter, zitiert von Fremery S. 376 hervor. Dies gestattet dem Wechselschuldner einer kaufmännischen Konkursmasse sogar dann mit seinen Forderungen gegen letztere aufzurechnen, wenn seine Wechselschuld noch nicht fällig ist. Dieser Grundsatz galt gewohnheitsrechtlich in Italien und wurde auch später in Frankreich anerkannt.

Aber der Kontokurrentvertrag bildet nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine juristische Einheit.

Es sind in ihm eine ganze Fülle von Kennzeichen deutlich enthalten, welche dies darlegen.

Es ist die Herausnahme eines einzelnen Postens oder mehrerer einzelner Posten unstatthaft. „Die allgemeine, im voraus getroffene Vereinbarung, eine Kontokurrentbeziehung eröffnen zu wollen, hat die fragliche Forderung erfaßt, und es bedarf zu ihrer Loslösung einer besonderen Abrede[1]).“ Keine einzelne Forderung darf abgetreten, gepfändet, besonders beglichen werden.

Es werden, falls eine Aufrechnung nicht zustande kommt, mit der „Saldoklage“ nicht einzelne Posten

[1]) Greber, S. 74.

eingeklagt sondern das Resultat, das Ergebnis des gesamten Kontokurrents. Der Gläubiger eines der Kontrahenten darf nicht eine einzelne Forderung pfänden, sondern nur dessen jeweiligen Passivsaldo.

Die Aufrechnung findet nicht statt zwischen bestimmten einzelnen Posten. Es werden weder solche einzelnen Posten gegeneinander, noch bestimmte einzelne Posten auf die Gegenposten, sondern sämtliche Aktivposten werden gegen sämtliche Passivposten aufgerechnet. Es gelangen in den Saldo ebenfalls nicht Reste bestimmter einzelner Posten sondern die Reste sämtlicher Passivposten.

Aber auch Aufrechnung und Anerkenntnis allein genommen sind juristisch eine Einheit. Das zeigt sich zunächst darin, daß nur durch beide zusammen die Erfüllung des Vertragszweckes möglich ist. Erfolgt das Anerkenntnis ohne die Aufrechnung, so tritt die gewollte Tilgung der Forderungen nicht ein. Der Zweck des Ersparens der Geldwanderung wird nicht erreicht. Geht nur die Aufrechnung ohne das Anerkenntnis vor sich, so genügt dies nicht zur Erreichung des anderen Vertragszwecks, der der Vereinfachung der Rechtslage gilt.

Schließlich hat auch die Saldofeststellung im ganzen, welche sich aus jenen beiden Rechtsgeschäften zusammensetzt, keine selbständige Stellung sondern ist ohne den Kontokurrentvertrag und dessen andere rechtliche Folgen nicht oder nicht in der dem Kontokurrentvertrag entsprechenden Form denkbar. Die Aufrechnung hätte in anderer Weise zu erfolgen, wenn

die Kontokurrentabrede nicht bestände. Aufrechnung und Anerkenntnis sind daher ebenso von dem Kontokurrentvertrage im Ganzen abhängig. Dieser bildet eine wirtschaftliche Operation, welche nur im Ganzen den Vertragszweck zu erfüllen vermag.

Es kommt also stets nur der ganze Geschäftskomplex in Frage, jeder Posten und jedes Rechtsgeschäft ist durch die anderen in seiner rechtlichen Wirkung gehemmt. Sie können eine rechtliche Anwendung nur zusammen mit den übrigen finden.

Der Kontokurrentvertrag bildet von Anfang bis zu Ende ein einziges festes Gefüge. Alle seine einzelnen Teile, jede einzelne Forderung und erst recht jedes einzelne Teilrechtsgeschäft stehen in einem festen Zusammenhang mit einander und mit dem Ganzen. Die Einzelposten sind die Bausteine des Kontokurrentgebäudes, die Rechtsgeschäfte dessen Balken und Träger. Wird daher nur ein einziger dieser Teile herausgerissen, stürzt der ganze Bau zusammen.

Damit ist der Beweis erbracht, daß der Kontokurrentvertrag „ein Rechtsgeschäft“ im Sinne des § 139 BGB. ist, daß er also nichtig ist, wenn ein Teil nichtig bezw. unwirksam ist, falls sich nicht die Annahme rechtfertigt, daß er auch ohne den nichtigen Teil gewollt sein würde.

Daß die Parteien nun den Vertrag abgeschlossen haben würden, wenn sie die Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses gekannt hätten, ist durchaus nicht von vornherein für jeden Kontokurrent, in dem sich unwirksame Posten vorfinden, zu verneinen, wie

Regelsberger, Staub und Heilbrunn annehmen. Es kommt jedesmal ganz auf die Umstände an. Allerdings ist z. B. immer anzunehmen, daß die Parteien trotz Kenntnis der Unwirksamkeit das Geschäft abgeschlossen hätten, wenn der Betrag der unwirksamen Posten ein verhältnismäßig sehr geringer war. Andererseits ist stets anzunehmen, daß der Kontokurrentvertrag nicht geschlossen wäre, wenn beim Abschluß ausdrücklich von der Einstellung unwirksamer Forderungen die Rede gewesen ist. Die Schwierigkeit der Feststellung, ob der Vertrag geschlossen wäre oder nicht, ist indes nicht größer als in allen Fällen, wo § 139 BGB. in Betracht kommt. Dieser will gerade dem richterlichen Ermessen freien Spielraum lassen.

Es fällt aber nun nicht, wie Regelsberger und Heilbrunn vermeinen, nur das Abrechnungsgeschäft zusammen sondern der ganze Kontokurrentvertrag, weil das erstere nichts mehr als ein unselbständiger Teil des letzteren ist. Jene Auffassung würde dem Parteiwillen auch durchaus widersprechen. Der Saldogläubiger würde bei den in Frage kommenden Fällen nicht nur nicht die Abrechnung, sondern den ganzen Kontokurrentvertrag nicht eingegangen sein, weil er gerade mit Rücksicht auf ihn Geschäfte abgeschlossen hat, weil er durch ihn zum Abschluß sehr vieler überhaupt erst veranlaßt worden ist. Er würde eben viele Geschäfte nicht abgeschlossen haben, wenn er mit der Unwirksamkeit der Saldoforderung gerechnet hätte. Deshalb hätte der Vertrag gar keinen Zweck für ihn gehabt.

Es besteht infolgedessen kein Recht der einen oder anderen Partei auf Wiederholung der konto-

kurrentmäßigen Abrechnung. Eine Verrechnung, die in der Weise vorgenommen würde, daß die unwirksamen Posten fortgelassen und nur die wirksamen verrechnet würden, ist niemals von den Parteien beabsichtigt gewesen. Außerdem folgt sie auch garnicht aus dem Kontokurrentvertrage, weshalb auch § 140 BGB.[1]) nicht zur Anwendung gelangen könnte.

Die Rechtsfolgen der Anfechtung sind danach gänzlich andere als diejenigen, welche die Theorien Regelsbergers, Staubs und Heilbrunns nach sich ziehen. Nach diesen bleiben, weil der Kontokurrentvertrag ebenfalls bestehen bleibt, sämtliche Posten weiter Kontokurrentposten, und auch die neue Verrechnung könnte nur kontokurrentmäßig erfolgen.

Nach der hier vertretenen Ansicht erhalten, weil der Kontokurrentvertrag in seinem ganzen Umfange hinfällig ist, die sämtlichen Forderungen diejenige Rechtsstellung zurück, welche sie einnehmen würden, wenn kein Kontokurrentvertrag bestände.

Es können Posten einzeln geltend gemacht werden. Es brauchen nicht alle Forderungen des einen Kontrahenten gegen alle Forderungen des anderen verrechnet zu werden. Es dürfen Forderungen nach Belieben cediert oder gepfändet, es kann eine Forderung besonders beglichen oder eingeklagt oder sonst geltend gemacht werden. Der Gläubiger jedes Kontrahenten braucht sich nicht nur an den Ueberschuß zu halten,

[1]) „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde."

der seinem Schuldner zukommt, sondern kann jede einzelne Forderung des Schuldners zu seiner Befriedigung herausgreifen. Vor allem aber muß jetzt die Aufrechnung — falls natürlich nicht die Parteien über eine andere Art einig werden — nach den Regeln des Bürgerlichen Rechts, also den §§ 366, 367, 396 BGB., vorgenommen werden.

Wenn im Kontokurrent außer den unwirksamen Posten ihnen gegenüber auf der anderen Seite solche standen, gegen welche sie laut §§ 56 BG. und 222 BGB. aufgerechnet werden dürfen, so wird die dem Kontokurrentvertrag eigentümliche Verrechnungsmethode insoweit außer Kraft gesetzt. Denn dem Gläubiger der unwirksamen Posten darf nicht — was anderenfalls geschehen würde — das zu seinem Schutz bestimmte besondere Aufrechnungsrecht zwangsweise genommen werden (wie bereits mehrfach betont ist), zumal der Kontokurrentvertrag dem nicht entgegensteht. Die Verrechnung würde dann, falls der betreffende Gläubiger dies verlangt, in folgender Weise vor sich gehen:

Debet	Credit
u 5	u 30
10	u 20 (Sich. 20)
u 25	30
40	80
	S. 40

Die Posten u 5 und u 25 der Debetseite seien unwirksame Terminforderungen des Nichtverplichteten im Falle des § 54 BG., die u 30 und u 20 der Kreditseite Terminforderungen des Vollverplichteten. (Der

Nichtverpflichtete habe Sicherheit in Höhe von 20, für die Forderung von 20 bestellt.) Es werden dann die Debetposten 5 und 25 zunächst gegen die Kreditposten von 20 und 30 aufgerechnet. Die Skala sieht dann folgendermaßen aus:

Debet	Credit
	u 12
10	u 8
	30
10	50
	S. 40

Der sich ergebende Saldo von 40 ist (Tilgungsquotient $^1/_5$) unwirksam in Höhe von 16 ($^1/_5$ von 12 + $^4/_5$ von 8) wirksam in Höhe von 24 (nämlich $^4/_5$ von 30).

Dies ist für den Saldogläubiger ungleich vorteilhafter als die gewöhnliche konkurrentmäßige Verrechnung ohne solche Ausnahme. Nach jener ergibt sich folgendes Resultat: Die Summe der Aktivposten beträgt 40, die Summe der Passivposten 80. Der Saldo ist in Höhe von 25 unwirksam (nämlich $^1/_2$ von 30 + $^1/_2$ von 20), nur in Höhe von 15 wirksam (nämlich $^1/_2$ von 30), Tilgungsquotient ist $^1/_2$.

Wenn nun aber die Aufrechnung erfolgt ist, ohne daß der zu besonderer Aufrechnung gewisser Posten Berechtigte von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat (etwa infolge Unkenntnis desselben), so kann er nicht die bereits erfolgte Aufrechnung als rechtlich mangelhaft anfechten. Er befand sich nur in Unkenntnis seines Rechtes. Die Aufrechnung ist so erfolgt, wie

er sie gewünscht hat. Er hat von einem ihm zustehenden Rechte keinen Gebrauch gemacht[1]).

In dieser Beziehung sind, wie bereits betont, die verjährten Forderungen ohne Bedeutung, weil sie durch das Anerkenntnis wirksam geworden sind.

§ 22.

Sicherheiten in einem Kontokurrent, der sich teilweise aus unwirksamen Posten zusammensetzt.

Bei der Prüfung der rechtlichen Bedeutung der Sicherheiten (im weiteren Sinn) in einem Kontokurrent, dessen Posten teilweise unwirksame sind, ist ein Unterschied zu machen einerseits zwischen solchen, welche für die verjährten Forderungen und die Börsenterminforderungen des Nichttermingeschäftsfähigen im Falle des § 54 gestellt werden, andererseits zwischen denen für die anderen unwirksamen Forderungen.

Bei diesen letzteren teilt die Sicherheit den unwirksamen Charakter der Forderung. Hierin führt die Einstellung in den Kontokurrentverband eine Änderung nicht herbei, weil auch die Forderung selbst solche nicht erfährt. Fraglich ist aber die Wirkung der Verrechnung auf die Sicherheit.

Das Ergebnis ist verschieden, je nach der Bedeutung, die man jener beilegt.

Geht das Pfandrecht auf die Saldoforderung über, so teilt es auch deren Charakter und wird zum Teil wirksam. Dafür, daß es nur auf ihren unwirksamen

[1]) A. M. Neukamp a. a. O., Anm. 5 zu § 56, der die oben erwähnte Ansicht von Danz wieder aufnimmt, wie oben Nußbaum, Anm. VII zu § 55.

Teil beschränkt sein sollte, läßt sich kein Grund finden. Wenn man der Meinung von Staub sich anschließt, der das Sicherungsrecht zur selbständigen Obligation werden läßt, so würde es auch unwirksam sein müssen, weil es seinen Ursprung aus einer klaglosen Obligation genommen hat.

Nach der hier vertretenen Anschauung, bei der angenommen wurde, daß das Fortbestehen der Forderung im Saldo fingiert sei, muß das Sicherungsrecht auch nach der Saldoziehung in vollem Umfang unwirksam sein; denn auch die fingierte Forderung bleibt unwirksam.

Eine Frage aber, die noch nie beachtet worden ist, fällt in diesen Zusammenhang.

A hat an B für eine unwirksame Forderung Sicherheit bestellt. Während des Laufes der Kontokurrentperiode befriedigt sich B mit Zustimmung des A aus derselben (durch Verkauf etc.). Er schreibt, wie dies stets im Kontokurrent geschieht, den Erlös dem A als Kontokurrentforderung „gut".

Ist diese nun eine wirksame oder unwirksame Forderung?

Auch hier versagt die Begründung des Reichsgerichts, wenn dieser Posten auf der Passivseite des Saldoschuldners steht. Denn es muß seine rechtliche Natur klar gestellt werden, um den ungültigen Teil der Saldoforderung berechnen zu können.

Sehr nahe liegt es, den Posten einfach als eine „Zahlung" hinzustellen. Aber die Gründe, welche oben hiergegen angeführt sind, halten auch hier Stich, ja sie werden nur noch verstärkt. Der Posten soll

nämlich eigentlich eine Tilgung der gesicherten Forderung sein. Infolge des Kontokurrents ist jedoch die Begleichung einzelner Posten ausgeschlossen. Dasjenige, was „bezahlt“ werden soll, bleibt in Wirklichkeit unverändert bestehen, wird durch die „Zahlung“ nicht im mindesten berührt. Daher muß also wenigstens ein Gegengewicht aufgestellt werden, um den „Zahlenden“ nicht ohne Gegenleistung zahlen zu lassen. Es bleibt also nichts übrig, als das ungerechtfertigte Übergewicht der einen Seite dadurch auszugleichen, daß der andere Arm der Wage mit dem gleichen Gewicht, einer Forderung von derselben Höhe, belastet wird.

Wäre der Posten eine Zahlung, so würde diese Tatsache auch eine Folge nach sich ziehen, die gegen jedes Rechtsgefühl verstößt. Der durch die Zahlung begründete Posten müßte unbedingt als vollgültige Forderung angesehen werden. (Eine „Leistung“ im Sinne des § 762 BGB. usw. ist nicht vorhanden, weil die gesicherte Forderung bestehen bleibt.) Verlangt jetzt der Besteller der Sicherheit die Entfernung der gesicherten Forderung wegen ihrer Unwirksamkeit aus dem Kontokurrent, so stände trotzdem dem Gesicherten nicht das Recht zu, auch die Streichung der Erlösforderung auf der Gegenseite zu beanspruchen, weil jene eine vollwirksame Forderung darstellt.

Vom richtigen Standpunkte aus gesehen, ist der auf Grund der Befriedigung aus der Sicherung in den Kontokurrent gestellte Posten eine Forderung. Diese ist zum Zwecke der vorläufigen Ausgleichung (nicht Tilgung!) einer unwirksamen Forderung in den Konto-

kurrentverband getreten. Sie hat ihren Ursprung gleich wie jene in einem unwirksamen Rechtsgeschäft, der Sicherheitsbestellung. Also muß sie auch denselben rechtlichen Charakter haben wie die auszugleichende Forderung, sie ist ebenfalls unwirksam.

Eine Sicherung, welche für eine verjährte Forderung gegeben wird, ist, wenn sie in einer Sicherheitsleistung oder in einem Pfande besteht, wirksam, im übrigen unwirksam. In beiden Fällen ändert die Verrechnung nichts. Die gesicherte Forderung besteht fingiert im Saldo. Aus ihm darf Befriedigung gesucht werden, soweit er sich mit der alten Forderung deckt.

Im Falle des § 54 BG. ist die für eine unwirksame Forderung seitens des Termingeschäftsunfähigen bestellte Sicherheit gültig. Sie bleibt dies aus den angegebenen Gründen auch nach der Verrechnung. Der Saldogläubiger kann sich aus ihr für die Saldoforderung in gleicher Weise befriedigen wie im vorigen Falle.

Bei der Bestellung einer Sicherheit für die Saldoforderung ist abermals zu unterscheiden, ob sie gemäß § 54 BG. erfolgt ist oder nicht.

Eine außer in diesem Falle vorgenommene Sicherheitsbestellung muß logischerweise teilweise unwirksam sein, wenn die Forderung teilweise unwirksam ist. Ihre Teilung ist auch praktisch ebenso möglich wie die Teilung einer teilweise unwirksamen Saldoforderung. Der Gläubiger darf nur teilweise aus der Sicherheit Befriedigung suchen, nämlich im Verhältnis des unwirksamen Teils des Saldo zum ganzen Saldo. Den Rest des Erlöses kann der Schuldner beanspruchen.

Die auf Grund des § 54 BG. bestellte Sicherheit ist insoweit vollgültig, als sich die Reste aus Börsentermingeschäften im Saldo befinden, auf welche sich § 54 erstreckt. § 54 besagt, daß der börsentermingeschäftsfähige Teil sich für die „Erfüllung" des Geschäfts Sicherheit bestellen läßt. Diese Erfüllung erfolgt erst durch die Begleichung des letzten Restes der aus den Geschäften entstehenden Schuld.

E) Schluß.

§ 23.

Damit darf die Erörterung des Themas ihren Abschluß finden. Das Resultat, welches die vorliegende Abhandlung bezüglich der Rechtsnatur der Saldoforderung ergibt, dürfte im Einklang stehen nicht nur mit den Gesetzen, sondern auch mit dem natürlichen Rechtsbewußtsein, welches sich dagegen sträubt, daß ein Vertrag für die eine Partei zum gesetzlichen Fallstrick wird, während die andere unverdiente Vorteile aus ihm zieht.

Es darf weiter die Hoffnung ausgesprochen werden, daß die obige Erörterung nicht nur Aufschluß gegeben hat über die Rechtsstellung der unwirksamen Forderungen im Kontokurrentvertrag, sondern auch neue Wege zur Erforschung dieses Vertrages selbst gewiesen hat.

Das Ergebnis der Abhandlung noch einmal kurz zusammengefaßt, stellt sich hauptsächlich in folgenden Sätzen dar:

1. Der Kontokurrentvertrag ist ein aus einzelnen Rechtsgeschäften zusammengesetzes Rechtsgeschäft. Er

ist ein untrennbares Ganze, welches als ein einziges Rechtsgeschäft anzusehen ist.

2. Die Verrechnung im Kontokurrent erfolgt in der Weise, daß jeder Aktivposten gegen jeden Passivposten aufgerechnet wird und zwar dergestalt, daß jeder Passivposten nach Verhältnis der Gesamtsumme der Werteinheiten der Aktivposten zur Gesamtsumme der Werteinheiten der Passivposten getilgt ist.

3. Die Verrechnung im Kontokurrent beruht nicht auf § 366 BGB., sondern allein auf § 355 HGB.

4. Es gibt im Kontokurrent nicht „Forderungen und Leistungen", sondern nur „Forderungen".

5. Der Kontokurrentgrundsatz des Verbots der einseitigen Loslösungen einzelner Posten aus dem Verband wird durch die unwirksamen Rechtsgeschäfte durchbrochen.

6. Die Verrechnungsgrundsätze des Kontokurrentvertrages werden durch die §§ 222 BGB. und 54 56 BG. teilweise aufgehoben.

7. Der Einschuß in einen Kontokurrent, der auf der Gegenseite teilweise aus unwirksamen Forderungen besteht, begründet ebenfalls eine nur teilweise wirksame Forderung.

8. Ein Posten, welcher an die Stelle des Erlöses aus einer für eine unwirksame Kontokurrentforderung bestellten Sicherung tritt, ist eine unwirksame Forderung.

9. Eine Sicherung für die Saldoforderung in einem Kontokurrent, in welchem unwirksame Posten stehen, ist teilweise unwirksam.

Literaturverzeichnis.

Allgemeine Werke.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, 2., 3. u. 4. Jahrgang, Frankfurt a. M. 1903, 1904, 1905.

Denkschrift zum HGB., Berlin 1896.

Entwurf eines Gesetzes, betreffend Änderung des Börsengesetzes mit Motiven, Berlin 1907.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857.

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 14. Jahrgang.

Juristische Wochenschrift 1902.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe Berlin und Leipzig 1888.

Entscheidungen.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes.

Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Lehrbücher.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Heidelberg 1853—60.

Cosack, a) Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., Stuttgart 1903.
b) Dasselbe, 7. Aufl., Stuttgart 1909.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1902.

Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. und 2. Aufl., Halle a. S. 1899 u. 1901; Bd. 1 und 2, 3. Aufl., Halle a. S. 1906; Bd. 2, 1. Abt., 4. Aufl., Halle a. S. 1909.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1885.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht, Heidelberg 1886/87.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Marburg 1908.

Enneccerus und Lehmann, a) Das Bürgerliche Recht, Marburg 1900.
b) 2. Aufl., Marburg 1901.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. und 5. Aufl., Marburg 1909.

Gareis, a) Das deutsche Handelsrecht, 6. Aufl., Berlin 1899.
b) Dasselbe, 8. Aufl., Berlin 1909.

Goldschmidt, System des Handelsrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1892.

v. Holtzendorff, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, Leipzig und Berlin 1909.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.

Mittermaier, Grundzüge des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Regensburg 1847.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Bd. 1, 4. Aufl., Jena 1903.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

Thöl, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., Leipzig 1879.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900.

Kommentare.

Apt, Börsengesetz, Berlin 1909.

Düringer und Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Mannheim 1901.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 6. Aufl., München 1904.

v. Hahn, Kommentar zum Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Braunschweig 1883.

Hemptenmacher, Das Börsengesetz nebst Ausführungsbestimmungen, Berlin 1908.

Kahn, Börsengesetz für das Deutsche Reich, München 1909.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1901.

Litthauer, Handelsgesetzbuch, Berlin 1901.

Makower, a) Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1904.

b) Dasselbe, 13. Aufl., Berlin 1900.

Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, München 1910.

Oertmann, Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906.

Derselbe, im Bankarchiv, 6. Jahrg., Nr. 11: „Zivil- und handelsrechtliches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht im Bankverkehr".

Planck, a) Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, Berlin 1903; Bd. 2, 1900 und 1904.

b) 3. Aufl., Berlin.

Riesser, Kommentar zum Börsengesetz, Berlin 1909.

Staub, a) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Aufl., Berlin 1900.

b) Dasselbe, 8. Aufl., Berlin 1907 und Nachtrag, betreffend die Börsentermingeschäfte, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte und die Differenzgeschäfte, Berlin 1909.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. und 4. Aufl., München 1907.

Spezialschriften.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1885.

Creizenach, Der Kaufmännische Kontokurrent in seiner rechtlichen Bedeutung, Mainz 1873.

Danz, „Der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte und die Auslegung" im Bankarchiv, Bd. IV, Nr. 10.

Greber, Das Kontokurrentverhältnis, Preisschrift der Straßburger Juristen-Fakultät, Freiburg i. B. und Leipzig 1893.

Grünhut, Das Recht des Kontokurrentverkehrs, Wien 1876.

Hagens, „Ein Beitrag zum Börsengesetze", in der Deutschen Juristen-Ztg. 1905, Nr. 2.

Heilbrunn, Die verhältnismäßige Aufrechnung bei ungültigen Börsen-Termingeschäften im Kontokurrent", in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 14. Jahrgang, Nr. 9, S. 225 ff.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

Ladenburg im Zentralorgan für das Deutsche Handels- und Wechselrecht, Elberfeld 1868.

Levy, Herausgegeben von Riesser, Der Kontokurrentvertrag, Freiburg und Tübingen 1884.

Massé, Le droit commercial dans ces rapports avec le droit des gens et le droit civil, Paris 1845.

Regelsberger, „Die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäfts", im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 47, S. 153 ff., Heidelberg 1846.

Derselbe, „Die rechtliche Natur der Abrechnung", in Iherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 46, S. 1 ff, Jena 1904.

Derselbe, „Über den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung", in Iherings Jahrb. f. d. Dogm. d. BR., Bd. 49, S. 407 ff., Jena 1905.

Riesser, Protokoll des 18. Juristentages Bd. 1, S. 13.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.

Trumpler, „Die Differenzgeschäfte nach dem BGB. und nach dem Börsengesetz" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 50, S. 388 ff., Stuttgart 1901.

Weissbart, in Juristische Wochenschrift, Jahrg. 34, S. 311—314, Berlin 1905.

Dissertationen.

Bacmeister, Differenzgeschäfte im Kontokurrentverkehr. Diss. Göttingen 1907.

Dietz, Wesen und rechtliche Wirkungen des Kontokurrentvertrages. Diss. Borna-Leipzig 1905.

Flender, Das Kontokurrentverhältnis des neuen Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897. Diss. Borna-Leipzig 1904.

v. Hartmann, Das Kontokurrentverhältnis nach den Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs. Diss. Rostock 1903.

Mohr, Der Kontokurrentverkehr, Berlin 1902.

Rüdiger, Das Wesen des Kontokurrentvertrages. Diss. Borna-Leipzig 1906.

Saal, Die Wirkungen des Kontokurrentvertrages nach geltendem Recht, in Sonderheit auf Grund der Bestimmungen der §§ 355—357 des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897. Diss. Weimar 1907.

Theussner, Die rechtliche Natur des Kontokurrentvertrages. Diss. Halle a. S. 1901.